Der Einfluß einer Veräußerung und Zwangsvollstreckung des Schuldgegenstandes auf Rücktritts- und Wandelungsrecht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LIBRAT. BIBL.

vorgelegt von

Albin Roßner

aus Hof

Rechtspraktikant am Königlichen Bezirksamte Hof.

Approbiert am 30. Oktober 1910.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

104

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Abgrenzung des Themas 1

Einfluß von Veräußerung und Zwangsvollstreckung des Schuldgegenstandes auf die Wandelung.

§ 2. Entstehung, Zweck und Wesen der Wandelung 4

I. Einfluß einer Veräußerung des Schuldgegenstandes auf die Wandelung.

§ 3. Inwieweit kann der Veräußerung einer Kaufsache die Wirkung eines Verzichtes auf die Wandelung beigemessen werden? . 7

1. Wirkung der Veräußerung vor vollzogener Wandelung.

§ 4. Die Wandelung wird durch Weiterveräußerung auch in Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen 14

§ 5. Ausschluß des Wandelungsrechtes, wenn von dem Erwerber der veräußerten Sache eine wesentliche Verschlechterung, der Untergang oder eine anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet oder die veräußerte Sache spezifiziert worden ist (§§ 351, 352 BGB.) 21

A. Umgestaltung 21

B. Verschulden 25

a) Was ist unter Verschulden zu verstehen? 25

b) Das Verschulden anderer Personen, das der Käufer zu vertreten hat 29

c) Beweislast 32

C. Wesentliche Verschlechterung und Untergang 33

Seite

D. Anderweitige Unmöglichkeit 36

a) Unter anderweitiger Unmöglichkeit der Rückgewähr ist nur die objektive Unmöglichkeit zu verstehen 36

b) Die Veräußerung selbst kann nicht als anderweitige Unmöglichkeit der Rückgewähr angesehen werden . . 38

§ 6. Verzug des Käufers mit der Rückgewähr der Sache 39

a) Allgemeines.

b) Der Umstand, den der Käufer zu vertreten hat, ist nicht gleichbedeutend mit Verschulden.

c) Was ist unter angemessener Frist zu verstehen.

d) Unwirksamwerden der Wandelung.

§ 7. **2. Wirkung der Veräußerung nach vollzogener Wandelung** . 46

A. Die Veräußerung ist zulässig.

B. §§ 351—353 kommen nicht zur Anwendung.

C. Dem Verkäufer stehen der Veräußerung gegenüber die Mittel aus §§ 347 u. 354 zur Verfügung.

a) Anwendung des § 347 f.

b) Anwendung des § 354. Möglichkeit der Durchführung der Wandelung im Falle unverschuldeter Veräußerung und endgültigen subjektiven Unvermögens zur Rückgewähr. Hilfsmittel für den Verkäufer (§ 281).

§ 8. Sonderbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Viehhandel 52

a) Sonderbehandlung des Rücktritts- und Wandelungsrechtes.

b) Für die Wandelung finden die Spezialbestimmungen der §§ 482—492 Anwendung.

c) Veräußerung in und ohne Kenntnis des Mangels nimmt auch hier das Wandelungsrecht nicht; dieses wird auch durch die §§ 351—353 nicht ausgeschlossen.

d) Beschränkte Anwendung des § 354.

e) Welcher Zeitpunkt ist für die Wertberechnung maßgebend 56

Seite

f) Der Käufer ist zum Rückersatze nur gemäß § 387 verpflichtet.

g) Für Veräußerungen nach vollzogener Wandelung bleibt es bei den allgemeinen Vorschriften.

§ 9. Verlangt das Handelsrecht eine andere Behandlung? . . . 59

II. Der Einfluß einer Zwangsvollstreckung auf die Wandelung.

§ 10. Die Zwangsvollstreckung steht gemäß § 353 Abs. 2 der Veräußerung an und für sich gleich. Abweichungen ergeben sich nur aus der besonderen rechtlichen Natur der Zwangsvollstreckung 61

1. Zwangsvollstreckung vor vollzogener Wandelung 62

a) Verzicht.

b) Zwangsvollstreckung bei Kenntnis des Mangels.

α) Im bürgerlichen Recht.

β) Im Handelsrecht.

c) Die Zwangsvollstreckung bewirkt nicht die Unmöglichkeit der Rückgewähr nach § 351. Die Konsequenzen dieser und der gegnerischen Auffassung.

d) Behandlung des Sonderfalles, daß der Schuldgegenstand vom Verkäufer selbst in der Zwangsversteigerung erworben wurde.

2. Zwangsvollstreckung nach vollzogener Wandelung 72

Literaturverzeichnis.

Bellerstein, Die Rückgabe der verkauften Sache in Fällen der actio redhibitoria. Erlangen 1896.

Conze, Der Einfluß einer Verfügung des Käufers über die Kaufsache auf die ädilizischen Rechtsmittel nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Berlin 1903.

Deutsche Juristenzeitung. 1905. (zit.: DJZ.)

Eck, Statthaftigkeit der ädilizischen Klagen trotz Verfügung des Käufers über die Sache. In der Festgabe für Beseler. Berlin 1885.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: RG.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (zit.: ROHG.)

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Berlin 1883, 1884, 1887.

Kaufmann, Welchen Einfluß hat eine vom Käufer vorgenommene Verfügung über die Kaufsache auf die ädilizischen Rechtsmittel? Nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Rostock 1901.

Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Nürnberg 1900.

Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Lepenau, Die Rückgabe der Kaufsache gemäß der actio redhibitoria nach gemeinem Zivilrecht. Göttingen 1890.

Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. (zit.: Mot. Bd. 2.)

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Berlin 1909.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse, erläutert von Prof. Dr. Paul Oertmann. 2. Aufl. Berlin 1906.

Oertmann, Der Einfluß einer Zwangsvollstreckung auf die Wandelung. In der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 218 ff.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetzen. Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Berlin 1897 ff. (zit.: Prot. Bd. 1.)

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Erläutert von Reichsgerichtsrat Dr. H. Rehbein. Bd. 2. 1903.

Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels nach deutschem Gesetze von Landgerichtsrat Schneider. München 1899.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1904. (zit.: Schollmeyer, Schuldverhältnisse.)

Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. München 1900. (zit.: Schollmeyer, Komm.)

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. (zit.: Seufferts Arch.)

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz.

Stölzle, Viehkauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts. 4. Aufl. Berlin 1904.

Einleitung.

§ 1.

Abgrenzung des Themas.

Das Rücktrittsrecht zerfällt in das vertragsmäßige und das gesetzliche Rücktrittsrecht. Das vertragsmäßige Rücktrittsrecht hat seine „einheitliche Regelung nunmehr in Titel 5 der Schuldverhältnisse gefunden, während es im gemeinen Recht nur in einer Mehrheit von Sonderinstituten (wie lex commissoria, in diem addictio, pactum displicentiae) geregelt war".[1] Zu den Fällen des gesetzlichen Rücktritts gehören hauptsächlich die Bestimmungen der §§ 325—327 und 467 (Wandelung), ferner wohl noch § 527. Die außerordentliche Kündigung bei Miete und Werkvertrag, den Widerruf bei der Schenkung, die §§ 280 Abs. 2 u. 286 Abs. 2 rechne ich im Rahmen unseres Themas nicht zu den Fällen des eigentlichen gesetzlichen Rücktrittsrechts, auf sie können die folgenden Ausführungen „nicht schlechthin, sondern höchstens in den Grenzen der allgemeinen Analogie Anwendung finden".[1]

Der Rücktritt erfolgt mit Ausnahme der Wandelung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.[2] Über

[1] vgl. Oertmann Vorbem. zu Titel 5 S. 197.

[2] § 349 BGB.

die Wirkung der Rücktrittserklärung herrscht lebhafter Streit, es stehen sich in der Hauptsache drei verschiedene Meinungen gegenüber, von denen ich mich der herrschenden Theorie der direkten Wirkung anschließe, wonach das gesamte Schuldverhältnis mit rückwirkender Kraft (ex tunc) durch den Rücktritt aufgelöst wird.[1])

Verschieden hiervon ist die Rechtsnatur der Wandelung. Sie kommt nicht wie die übrigen Fälle des Rücktritts durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Teil zustande, sondern m. A. n. durch Vertrag. Dies ist auch die herrschende Meinung.[2]) Das gesetzliche Rücktrittsrecht fällt nun zunächst nicht ohne weiteres unter die

---

[1]) Außer der hier vertretenen herrschenden Ansicht, die vor allem von Oertmann in Seufferts Bl. Bd. 69 S. 65 ff. (auf diese Ausführungen ist vor allem bezüglich des praktischen Unterschiedes von den anderen Theorien zu verweisen), Komm. S. 197 und nach den dortigen Zitaten von Cosack, Enneccerus, Goldmann-Lilienthal, Langheineken, Kisch S. 194 ff.; Planck Vorbem. III, 1 vertreten wird, besteht die Theorie der indirekten Wirkung, nach der das Schuldverhältnis an sich bestehen bleibt und der Rücktritt nur neue Ansprüche auf Rückleistung bewirkt (Anhänger u. a. Dernburg, Endemann, und die sogen. mittlere Theorie, wonach der Rücktritt eine Wirkung ex nunc ausübt (so u. a. Hellwig, Kipp).

[2]) Diese Theorie stützt sich vor allem auf den klaren Wortlaut des Gesetzestextes. § 465 BGB.: „Die Wandelung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt hat". Demgegenüber können die Momente, die zugunsten der „Restitutionstheorie" von den Gegnern der „Vertragstheorie" geltend gemacht werden, nicht stichhaltig sein. Vgl. vor allem die Ausführungen von Oertmann im Recht 1904 S. 4 ff.

Sätze des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes, dieses wird jedoch in den hauptsächlichsten Fällen, so besonders für die §§ 325 u. 327 [1]) und vor allem für die Wandelung [2]) — für diese mit Ausnahme der §§ 349, 355 —, darauf für anwendbar erklärt. Da aber vertragsmäßiges Rücktrittsrecht und die Fälle des gesetzmäßigen Rücktrittsrechts, darunter auch die Wandelung, unter dieselben gesetzlichen Vorschriften fallen, müssen sie auch eine in der Hauptsache gleichmäßige Behandlung erfahren. Wir werden uns daher in den folgenden Ausführungen zur Vereinfachung in erster Linie mit dem wichtigsten Institut, mit der Wandelung, befassen, wobei das für sie Ausgeführte auch für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht und für die Fälle des gesetzlichen Rücktrittes, soweit das vertragsmäßige Rücktrittsrecht darauf für anwendbar erklärt wurde, in entsprechender Weise Anwendung zu finden hat. Es werden sich dabei Verschiedenheiten daraus ergeben, daß der Rücktritt durch einseitige Erklärung des Zurücktretenden, die Wandelung dagegen durch Vertrag vollzogen wird, oder daraus, daß behauptet wird, beim vertragsmäßigen Rücktrittsrecht kenne der Zurücktretende von Anfang an sein Rücktrittsrecht, während er es beim gesetzlichen Rücktrittsrecht nicht kenne, oder aus besonderen gesetzlichen Bestimmungen für die Wandelung, wie z. B. beim Viehkauf. Diese Unterschiede werden an den entsprechenden Stellen hervorgehoben werden.

---

[1]) vgl. § 327.

[2]) vgl. § 467.

Einfluß von Veräußerung und Zwangsvollstreckung des Schuldgegenstandes auf die Wandelung.

§ 2.

Entstehung, Zweck und Wesen der Wandelung.

Zum besseren Verständnis der Arbeit mag es gestattet sein, einige speziell für die Wandelung geltenden Sätze über Entstehung, Zweck und Wesen derselben vorauszuschicken, die nur der allgemeinen Tendenz nach auf das Rücktrittsrecht Bezug haben.

Die Wandelung hat ihre Grundlage im römischen Recht, sie gehört zu den ädilizischen Rechtsmitteln, die aus den Verkehrsbedürfnissen jener Zeit in gerechter Abwägung der Interessen des Käufers und Verkäufers herausgewachsen sind, und bezweckt den Schutz des Käufers. Der Verkäufer mußte die Kautionsstipulation vornehmen, daß die Sache nicht mit ädilizischen Mängeln behaftet sei, also: „sanum furtis noxaque solutum esse, fugitivum non esse“ usw. Das Edikt der Ädilen machte ferner bekanntlich den Verkäufer auch für solche Mängel der Kaufsache haftbar, die er selbst gar nicht kannte, soweit sie nicht ganz unerheblich oder dem Verkäufer beim Verkaufe bekannt waren oder wegen ihrer Offensichtlichkeit bekannt sein konnten.[1])

[1]) l. 14 § 10 D. de aedilicio edicto 21, 1.

Ulpian begründete diese weitgehende Haftung, indem er ausführte: Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emptoris, cur fallatur, ingnorantia venditoris aut calliditate. Damit setzten sich die Ädilen in Widerspruch mit dem starren römischen Zivilrecht, denn sie lassen den Verkäufer ihm selbst unbekannte Fehler der Sache zum Schutze des Käufers vertreten. Daß diese weitgehende Haftung dem Rechtsempfinden des Volkes entsprach, beweist die baldige Ausdehnung des Edikts vom Sklaven- und Viehkauf auf alle Kaufgeschäfte überhaupt. Das gemeine Recht hat die ädilizischen Rechtsmittel und damit auch die Wandelung ohne Veränderung ihrer rechtlichen Wirksamkeit übernommen, und auch das Bürgerliche Gesetzbuch steht im Grundprinzip noch auf dem Standpunkt des römischen Rechts.[1])

Außer für zugesicherte Eigenschaften und arglistig verschwiegene Mängel (§§ 459 Abs. 2, 460 Satz 2, 463) haftet nach unserem bürgerlichen Recht der Verkäufer gemäß § 459 Abs. 1 ganz allgemein dafür, daß die Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder vermindern, sofern nicht die Minderung unerheblich ist oder der Käufer den Mangel beim Abschlusse des

---

[1]) vgl. hierzu Conze S. 1 ff.

Vertrages kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt (§ 469 BGB.). Wegen aller Mängel, die der Verkäufer hiernach zu vertreten hat, kann der Käufer neben Minderung Wandelung, d. h. Rückgängigmachung des Kaufes verlangen; beide können nicht nur angriffsweise, sondern auch als Einrede geltend gemacht werden. Der Schutz, der durch die Wandelung dem Käufer gewährt wird, muß jedoch bei dem Zusammentreffen mit berechtigten Interessen des Verkäufers seine Grenze finden. Sollte sie nicht schon beschritten sein, so kommt man dieser Grenze mindestens nahe, wenn die Sache, bezüglich der zunächst Wandelung möglich ist, veräußert oder der Zwangsvollstreckung unterworfen wird. Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist diese Frage zwar in dem § 467 verbunden mit §§ 351—354 geregelt worden, jedoch ist auch hier noch manchem Zweifel Raum gelassen. Es soll daher in den folgenden Ausführungen die Wirkung, die nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften eine Veräußerung oder Zwangsvollstreckung des Schuldgegenstandes auf die Wandelung auszuüben vermag, einer genauen Prüfung unterzogen werden.

I. Einfluß einer Veräußerung des Schuldgegenstandes auf die Wandelung.

§ 3.

Inwieweit kann der Veräußerung einer Kaufsache die Wirkung eines Verzichtes auf die Wandelung beigemessen werden?

Die hier aufgeworfene Frage ist von besonderer Wichtigkeit deshalb, weil sie die Zahl der Fälle, in denen trotz Veräußerung noch Wandelung stattfinden darf oder nicht, je nach ihrer Beantwortung im höchsten Grade bestimmend beeinflußt. Kommt man zu dem Resultate, daß in der Veräußerung wenigstens in Kenntnis des Mangels ein Verzicht auf die Wandelung zu erblicken ist, so wird die Zahl der Fälle, in denen die Wandelung überhaupt noch zulässig ist, sich sehr verringern.

Über diese Frage herrscht nun nur insoweit Einhelligkeit, als man aus einer Veräußerung der Kaufsache, die vielleicht ohne Kenntnis ihres Mangels geschieht, nicht einen Verzicht auf die Wandelung folgern darf. Dies ist selbstverständlich; denn ehe der Käufer den Mangel kennt, kann er ja gar nicht daran denken, auf irgendwelche Rechte verzichten zu wollen, die ihm wegen eines noch völlig unbekannten Mangels zustehen. Die Annahme eines Verzichtes würde daher sicherlich dem Willen des Käufers in diesem Falle nicht entsprechen.

Um so mehr gehen aber die Meinungen in Literatur und Rechtsprechung auseinander, wenn der Käufer in Kenntnis des Mangels veräußert. Um in diesem Streite Stellung zu nehmen, dürfte man am besten von der Rechtsnatur des Verzichtes auf Obligationenrechte ausgehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich darüber nicht direkt ausgesprochen, doch können uns die Motive zum 1. Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Bd. 2 S. 116 a. E.) einen nicht minder verlässigen Dienst erweisen. Dort ist ausgeführt: „Um durch Verzicht ein Forderungsrecht zum Erlöschen zu bringen, ist erforderlich ein Verzichtsvertrag; der einseitige, vom Schuldner nicht (vertragsmäßig) angenommene Verzicht des Gläubigers ist unverbindlich. Hierin stimmt der Entwurf sowohl mit dem gemeinen Recht als mit der modernen Gesetzgebung überein". Die Motive verlangen also bei dem Verzicht auf Forderungsrechte einen Vertrag. Sie erhalten eine Stütze durch das Bürgerliche Gesetzbuch selbst, das für einen sehr verwandten[1]) Rechtsbegriff des Verzichtes, den Erlaß, in § 397 die Vertragsform vorschreibt. Nicht außer acht zu lassen ist ferner, daß ein Verzicht regelmäßig eine Schenkung[2]) enthalten wird, für welche nach gemeinem Recht sowohl wie nach § 516 BGB. ein Vertrag erforderlich ist.

Daß ein Verzicht, der nicht bezüglich eines obliga-

[1]) Wer eine Schuld erläßt, verzichtet damit auf eine Forderung (Cosack Bd. 1 § 113).

[2]) Eck S. 177, 178 ff., 183.

torischen Rechtes abgegeben wird, rechtswirksam geschehen kann, mag ohne weiteres anerkannt werden. Es handelt sich hierbei aber um Rechte, denen kein bestimmter Verpflichteter gegenübersteht, z. B. beim Eigentum.[1])

Daß der Verzicht im übrigen jedoch die Vertragsform erfordere, wurde schon von Treitschke (S. 369), in neuerer Zeit vor allem von Eck[2]) und von Hanausek betont. Es ist nötig, sagt Hanausek sehr richtig, daß der Verkäufer „die Verzichtsofferte" annimmt. Und wenn er sie nicht annimmt oder, was viel häufiger vorkommen wird, wenn er die Verzichtsofferte gar nicht kennt, so kann man doch dem Verzichtenden nicht das jedem Offerierenden zustehende Recht nehmen, unter Änderung seines Willens seinen Verzicht zurückzunehmen. Von anderen,[3]) welche die Vertragsform des Verzichtes nicht anerkennen wollen, werden Fälle angeführt, in denen man durch bloße Nichtausübung oder sonst einseitig auf ein Recht verzichten könne, z. B. die Ausschlagung einer Erbschaft. „Aber alle diese Fälle beruhen (wie Kaufmann[4]) mit Recht ausführt) auf besonderer gesetzlicher Bestimmung; dafür, daß nicht in Ermangelung solcher ein Vertrag nötig sei, beweisen sie nichts."

Nach den bisherigen Ausführungen ist daher vor allem die Ansicht derjenigen zurückzuweisen, die in jeder

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 83.

[2]) Eck S. 177, 178 ff., 183.

[3]) vgl. Lepenau S. 24, 50; Bellerstein S. 26.

[4]) Kaufmann S. 19.

Veräußerung in Kenntnis des Mangels einen Verzicht auf die Wandelung erblicken wollen.[1]) Diese Ansicht vertritt vor allem Staudinger, der in § 467 Anm. II, 1c ausführt: „Der Käufer hat seinen Wandelungsanspruch auch dann verwirkt, wenn er mit der Sache in einer Weise verfährt, die auf seinen Willen, die Sache behalten zu wollen, schließen läßt (vgl. auch § 464), so z. B. wenn er die Sache in Kenntnis ihres Mangels veräußert. Dies gilt für das frühere Recht (Staudinger führt hier mehrere unter Herrschaft des alten Rechts ergangene Entscheidungen des Reichsgerichts an) und ist auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch anzunehmen, denn § 353, der in § 467 angezogen wird, kann hier nicht im Wege stehen, da hier ja der Nachdruck auf dem Weiterveräußern in Kenntnis des Mangels ruht, andererseits schon die Annahme der Sache in solcher Kenntnis den Wandelungsanspruch tilgt."

Dieselbe Meinung vertritt Staub in seinem Kommentar zum Handelsgesetzbuch (§ 377 Anm. 67) mit derselben Begründung.

Außer dem bereits oben Erörterten ist dieser Ansicht noch folgendes entgegenzuhalten: Staudinger und Staub wollen aus der Veräußerung in Kenntnis des Mangels

[1]) vgl. die Zitate bei Conze. Solchen einseitigen Verzicht vertreten ganz allgemein insbesondere folgende Gerichtsentscheidungen: RG. Bd. 22 S. 79, Bd. 39 S. 172. Stillschweigenden Verzicht nimmt auch an ROHG. Bd. 13 S. 358. Ebenso liegt nach einer Entscheidung in Goldschmidts Zeitschr. f. HR. Bd. 24 Nr. 70 S. 273 in einer Disposition schlechtweg Verzicht durch konkludente Handlung.

ein für allemal den bestimmten Willen des Handelnden folgern, daß er die Sache behalten, mit andern Worten, daß er auf sein Wandelungsrecht verzichten wolle. Dies ist jedoch, wie auch Kaufmann (S. 18) zutreffend ausführt, „nur dann zulässig, wenn es gesetzlich bestimmt ist, wie z. B. im Bürgerlichen Gesetzbuch mehrfach aus dem Stillschweigen dessen, der eigentlich reden sollte, ein bestimmter Wille fingiert wird".[1]) Eine solche gesetzliche Fiktion ist aber in unserem Falle nicht gegeben.

Staub und Staudinger folgern ferner, daß wenn schon die Annahme einer Sache in Kenntnis des Mangels das Wandelungsrecht nehme, so müsse dies erst recht von der Veräußerung in Kenntnis des Mangels gelten. Dieser Schlußfolgerung kann nicht beigepflichtet werden. Wenn jemand in Kenntnis eines Mangels kauft, so nimmt der Gesetzgeber an, daß er nur einen unter Berücksichtigung des Mangels der Kaufsache zustande gekommenen Kaufpreis zahlt, und hält es infolgedessen für unbillig und im Interesse des geschäftlichen Verkehrs für unzweckmäßig, wenn dieser nachträglich wegen des bereits in Berücksichtigung gezogenen Mangels Wandelung verlangen könnte. Ganz anders liegt aber die Sache, wenn der Käufer erst nach dem Kaufabschluß Kenntnis von dem Mangel der Sache erhält und in dieser Kenntnis veräußert. Denn hier konnte bei Festsetzung des Kaufpreises der Mangel noch keine Berücksichtigung finden.

---

[1]) vgl. z. B. BGB. §§ 108, 516, 1405.

Dafür steht dem Käufer aber auch noch das Wandelungsrecht zu. Wäre dies vom Gesetzgeber nicht gewollt, so würde er wohl eine den § 353 BGB. einschränkende Bestimmung gesetzt haben.

Bei dieser Gelegenheit mag auch die Ansicht zurückgewiesen werden, als ob es sich bei einer Veräußerung in Kenntnis des Mangels um eine nachträgliche Genehmigung handeln könne. Mit einer nachträglichen Genehmigung kann schon deshalb nicht operiert werden, weil sie immer nur zu fremden, niemals zu eigenen Geschäften erfolgt.[1]) Es kann sich vielmehr immer nur um einen Verzicht handeln, denn für den Verkäufer ist mit dem Augenblick, in dem er von dem Mangel der Sache Kenntnis erhält, das Wandelungsrecht erzeugt, und in seinem Belieben liegt es nun, von diesem Rechte Gebrauch zu machen oder nicht. Macht er keinen Gebrauch, so kann dies nur in der Form des stillschweigenden oder ausdrücklichen Verzichtes geschehen.

Wenn ich nun auch der Ansicht von Staub und Staudinger nicht beitreten kann, so muß ich doch zugeben, daß unter Umständen in einer Veräußerung in Kenntnis des Mangels ein Verzicht auf Wandelung zu erblicken ist. Es ist dies, wie Hanausek[2]) richtig ausführt, Tatfrage.[3]) Auch die Rechtsprechung steht zum

[1]) vgl. Staudinger §§ 182 Anm. 1, 184; Planck § 184 Anm. 1.

[2]) vgl. Hanausek Bd. 1 S. 144 Anm. 32.

[3]) Derselben Meinung wohl auch Oertmann zu § 467 Anm. 1e; Goldmann-Lilienthal Titel 5 § 102, 3b; Eck.

großen Teil auf demselben Standpunkt. So ist in einer in Seufferts Arch. Bd. 2 Nr. 24 abgedruckten Entscheidung ausgeführt, es käme darauf an, ob die in Frage stehende Handlung des Käufers „eine andere Annahme als die nicht zulasse, daß sich derselbe der ihm zustehenden Ansprüche wirklich habe begeben wollen".[1])

Dabei ist natürlich immer auf die Vertragsnatur des Verzichtes Rücksicht zu nehmen und zu verlangen, daß eine Willenseinigung zwischen Käufer und Verkäufer zustande gekommen ist. Daß die erforderliche Willenserklärung nicht immer ausdrücklich erfolgen muß, sondern auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen betätigt werden kann, entspricht den allgemeinen Grundsätzen über Willenserklärungen. In vielen Fällen wird diese bezüglich des Verzichtes zustande gekommene Willenseinigung nicht sowohl aus der Veräußerung selbst als aus den sie begleitenden Nebenumständen[2]) geschlossen werden dürfen. Im allgemeinen wird man wohl sagen können, daß die Fälle einer erfolgten Willenseinigung zwischen Verkäufer und Käufer zu den seltenen gehören werden, und daß infolgedessen bei Beurteilung der Tatfrage über den Verzicht besondere Vorsicht geboten ist. Eck (S. 183) mahnt zu doppelter Vorsicht deshalb, weil, wie auch schon oben ausgeführt wurde, ein Verzicht „regelmäßig auch die Absicht einer Liberalität voraussetzt".

[1]) Dieselbe Ansicht ist vertreten in Seufferts Arch. Bd. 2 Nr. 170, Bd. 5 Nr. 263, Bd. 7 Nr. 296, Bd. 32 Nr. 122, Bd. 33 S. 116.

[2]) Wie z. B. der Verständigung des Verkäufers vom Verkaufe, ohne daß dieser widerspricht.

1. Wirkung der Veräußerung vor vollzogener Wandelung.

§ 4.

Die Wandelung wird durch Weiterveräußerung auch in Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen.

Schon im gemeinen Recht wird nach richtiger, vor allem von Eck in seiner Festschrift vertretenen Ansicht durch eine Veräußerung dem Käufer das Wandelungsrecht nicht genommen. Nicht mit Unrecht wird für das gemeine Recht auch dafür eingetreten, daß sogar eine Veräußerung in Kenntnis des Mangels das Wandelungsrecht nicht nehme, wenn die Veräußerung „eine wirtschaftlich gebotene" ist. Der Käufer, der wandeln will, „muß sich durch den Hinweis auf die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit seines Handelns, das objektiv betrachtet ebensosehr im Interesse des Verkäufers wie in seinem eigenen lag, rechtfertigen können".[1])

[1]) s. Conze S. 37. Dieser führt a. a. O. folgendes praktische Beispiel an: Der Käufer hat Nahrungsmittel, die in einem für Menschen ungenießbaren Zustande an ihn gelangten, da er eigene Schweine nicht besitzt, noch schleunigst an einen in der Nähe wohnenden Bauern als Schweinefutter verkauft, um ihr völliges Verderben zu verhüten. Hätte der Käufer in diesem Fall sein Wandelungsrecht ausgeübt, ohne vorher zu veräußern, so würde der Verkäufer, da die Nahrungsmittel inzwischen vollständig unbrauchbar geworden wären, eine wertlose Sache zurückerhalten haben, während er durch die erst nach der Veräußerung vorgenommene Wandelung den von dem Käufer erzielten Kaufpreis herausbekommt. Vgl. ferner die weiteren Zitate bei Conze.

Aber selbst bei ordnungswidrigem Verkauf soll nach dieser Ansicht im gemeinen Recht die Wandelung möglich sein, wenn der Käufer die veräußerte Sache zurückerwirbt und sich damit in die Lage versetzt, der Erfüllung der Wandelungsbedingung, der Rückgabe der Sache, nachzukommen.

Daß eine Veräußerung des empfangenen Gegenstandes auch nach unserem Rechte dem Berechtigten das Wandelungsrecht nicht nimmt, geht aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaute der Rücktrittsparagraphen, welche auch auf die Wandelung Anwendung zu finden haben, unzweideutig hervor.

Im 1. Entwurf (§ 430) wurde der Rücktritt nicht durch Veräußerung des empfangenen Gegenstandes an sich ausgeschlossen, sondern erst dadurch, daß er ihn deshalb „nicht zurückgeben kann, weil er ihn veräußert oder wenn er ihn mit einem nicht zu beseitigenden Rechte eines Dritten belastet hat". Im 2. Entwurf (§ 302) wurde diese Rechtslage zunächst ohne wesentliche Änderung beibehalten. Später wurde allerdings einmal der Versuch gemacht, der Veräußerung eine den Ausschluß des Rücktrittsrechtes bedingende Wirkung beizumessen. Ein in diesem Sinne gestellter Antrag[1]) wurde jedoch von der Mehrheit abgelehnt, wobei es dieser überlassen wurde, einen dem Sinne des Entwurfes entsprechenden Wortlaut

---

[1]) Prot. Bd. 4 S. 160 f.

zu finden. In den Beratungen der 2. Kommission[1]) wurde nun darauf hingewiesen, daß die Möglichkeit der Rückgabe des Gegenstandes nicht für den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung, sondern nur für den der Realisierung des Rücktritts in Betracht komme. Diese Erwägungen wurden in der endgültigen Fassung dadurch berücksichtigt, daß man den Rücktritt und damit auch die Wandelung in § 353 trotz Veräußerung des Käufers grundsätzlich zuließ, für den Fall aber, daß er die Sache tatsächlich nicht mehr zurückgeben kann, zur Fixierung des Zeitpunktes, „wann die für den Ausschluß des Rücktritts zur Voraussetzung gemachte Unmöglichkeit der Rückgewähr als vorliegend anzusehen sei", den § 349, im Bürgerlichen Gesetzbuch § 354, einsetzte, nach welchem die Wandelung unwirksam wird, wenn der mit der Rückgabe im Verzuge befindliche Käufer innerhalb einer ihm vom Verkäufer gesetzten angemessenen Frist die Sache nicht zurückgewährt. Im übrigen läßt § 353 die Wandelung zu, wenn der Käufer die Kaufsache oder einen erheblichen Teil derselben veräußert hat, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er die Sache zurückerworben hat, denn maßgebend für den Zeitpunkt der Rückgewähr ist nach § 354 der Ablauf einer von dem anderen Teil bei vorliegendem Verzug gesetzten angemessenen Frist.

Der Vollständigkeit halber mag hier noch einmal die Meinung zurückgewiesen werden, daß in der Ver-

[1] Prot. Bd. 2 S. 8425; Planck zu § 353.

äußerung vor oder nach Kenntnis des Mangels ein Verzicht auf Rücktritt oder Wandelung liegen könne. Zur Begründung verweise ich auf die Ausführungen im vorhergehenden Paragraphen.

Wie im gemeinen Recht, so ist ferner auch im Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich vollständig gleichzuerachten, ob der Käufer mit oder ohne Kenntnis des Mangels veräußert. Denn es sind auch bei Veräußerung in Kenntnis des Mangels Fälle denkbar, in denen die Veräußerung wirtschaftlich gerechtfertigt ist, in denen sie für eine ordnungsmäßige angesehen werden muß. Es kann in dieser Beziehung auf das von Conze gebrauchte, für das gemeine Recht angewandte Beispiel, das auch für das Bürgerliche Gesetzbuch am Platze ist, verwiesen werden. Dazu kommt noch, ebenso wie oben, daß auch bei einer Veräußerung in Kenntnis des Mangels, die nicht aus wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsgründen geschieht, wohl jederzeit die Möglichkeit des Rückerwerbs vorhanden ist. Dieses letztere Moment des jederzeit möglichen Rückerwerbs läßt Schollmeyer[1]) vollständig außer acht und geht daher irre, wenn er nur den Käufer zur Veräußerung in Kenntnis des Mangels für befugt erklärt, der als „ordentlicher Hausvater" dazu gezwungen war. Das Interesse des Verkäufers kann m. E.[2]) nur so weit gehen, daß er den Wandelungsgegenstand zurückerhält,

---

[1]) Schuldverhältnisse S. 20.

[2]) s. auch Conze S. 72 Anm. 3.

nicht aber auch darauf, daß dieser während der ganzen Zeit bis zur Wandelung in den Händen des Käufers bleibt, bei dem er möglicherweise der Gefahr des Untergangs noch mehr ausgesetzt ist als bei dem neuen Erwerber.

Dagegen muß ich im Gegensatz zu Conze der Ansicht Oertmanns,[1]) der grundsätzlich auch bei einer in Kenntnis des Wandelungsrechts vollzogenen Veräußerung die Wandelung für zulässig erklärt, insofern beipflichten, als in einer Veräußerung in Kenntnis des Mangels, wenn der Käufer dadurch die Gefahr einer Vernichtung oder Verschlechterung der Sache mutwillig vergrößert, leicht ein Verschulden des Käufers im Sinne von § 351 BGB. zu erblicken sein wird. Folgendes Beispiel soll zur Erläuterung dienen:

Ein Bäcker bezieht eine Mehlsorte geringerer Qualität, sogen. Schalmehl. Soll dieses Mehl vollwertig erhalten werden, so muß es sich stets in einem trockenen Zustande befinden. Das Mehl kommt jedoch schon in einem feuchten Zustande in die Hände des Bäckers, so daß dieser zur Wandelung berechtigt wäre. Statt aber zu wandeln oder es, wie ihm seine Geschäftserfahrung sagt, besonders trocken aufzubewahren und möglichst rasch zu verbacken und event. Minderung zu verlangen, verkauft er es in Kenntnis der Feuchtigkeit an einen Dritten, der den Mangel der Feuchtigkeit nicht erkennt und es an seinem gewöhnlichen Mehl-

[1]) vgl. Schuldverhältnisse § 467, 1 e.

lagerungsplatze, der wohl für ein trockenes Mehl geeignet wäre, jedoch für dieses feuchte Mehl nicht trocken genug ist, vier Wochen lang aufbewahrt. Als der Dritterwerber nach Ablauf dieser Zeit das Mehl zum Verbacken verwenden will, haben sich in demselben Schimmelpilze gebildet, das Mehl ist so verdorben, daß es unter Umständen, wenn die Pilzbildung bereits weit fortgeschritten ist, nicht einmal mehr als Schweinefutter verwendet werden kann.

In diesem Fall wird wohl nicht davon die Rede sein können, daß der dritte Erwerber die wesentliche Verschlechterung oder den Untergang verschuldet hat, denn er hatte keine Kenntnis von der Feuchtigkeit des Mehles, auch gehört es nicht zu den Pflichten eines „ordentlichen Hausvaters", zu wissen, wie derartige Mehle geringer Qualität behandelt werden müssen, um sie vor einer raschen Verschlechterung, die bis zur vollen Wertlosigkeit führen kann, zu bewahren.

Andererseits dürfte es aber nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß dem Käufer nicht deshalb, weil die veräußerte Sache ohne Verschulden des Dritten wesentlich verschlechtert oder zugrunde gegangen ist, sein Wandelungsrecht fortbestehen bleibt, sondern daß er dies nunmehr verloren hat, und zwar dadurch, daß er selbst infolge der Veräußerung in Kenntnis des Mangels die nicht rationelle Behandlung und die dadurch verursachte wesentliche Verschlechterung herbeigeführt hat.

Hier soll auf einen Unterschied zwischen Wandelungs-

und gesetzlichem Rücktrittsrecht einerseits und vertragsmäßigem Rücktrittsrecht andererseits hingewiesen werden. Da bei dem vertragsmäßigen Rücktrittsrecht die eventuelle Rückgabe der Sache von vornherein im Auge behalten werden muß, ist m. E. bei der Veräußerung einer Sache, bezüglich der vertragsmäßiges Rücktrittsrecht vereinbart war, Verschulden noch leichter anzunehmen als bei den Veräußerungen in den Fällen der Wandelung und des gesetzlichen Rücktritts. Es könnte auch daran gedacht werden, schon die Veräußerung selbst als einen die Möglichkeit der Herausgabe begründenden und daher im Falle des Verschuldens das Rücktritts- und Wandelungsrecht nach § 351 ausschließenden Umstand anzusehen. Sie ist aber, wie noch unten des näheren auszuführen sein wird, für die wirksame Ausübung des Rücktritts- und Wandelungsrechts gänzlich einflußlos.

Nach den bisherigen Ausführungen läßt nun zwar sowohl eine Veräußerung in Kenntnis des Mangels, bei der jedoch einige Vorsicht wegen Verschuldens des Veräußernden am Platze ist, als auch erst recht eine Verfügung ohne Kenntnis des Mangels das Rücktritts- und Wandelungsrecht bei Bestand; es ist jedoch andererseits für Rücktritts- und Wandelungsrecht entscheidend die ständig vorhandene Möglichkeit späteren Rückerwerbs der Sache, m. a. W. das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt grundsätzlich die Rückgewähr der Sache in natura. Deshalb bestimmt § 353 BGB., Rücktritt und Wandelung solle dann ausgeschlossen sein, wenn bei dem Dritten,

der den Gegenstand infolge der Veräußerung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten seien. Damit ist gesagt, daß der Berechtigte sein Rücktritts- und Wandelungsrecht verliert, wenn der Dritte oder die Personen, deren Verschulden er nach § 278 zu vertreten hat, eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet oder die Kaufsache spezifiziert haben.

In den folgenden Paragraphen soll auf die Voraussetzungen der §§ 351 u. 352, bei deren Vorliegen der Berechtigte mit seinem Rücktritts- und Wandelungsrecht ausgeschlossen wird, näher eingegangen werden.

§ 5.

Ausschluß des Wandelungsrechtes, wenn von dem Erwerber der veräußerten Sache eine wesentliche Verschlechterung, der Untergang oder eine anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet oder die veräußerte Sache spezifiziert worden ist (§§ 351, 352 BGB.).

A. Umgestaltung.

Hier ist zunächst ein Hauptunterschied zwischen Rücktritts- und Wandelungsrecht hervorzuheben. Nach § 352 ist der Rücktritt stets ausgeschlossen, wenn der Berechtigte oder bei uns der Dritterwerber die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine andere Sache

umgebildet hat; es bedarf also für den Ausschluß des Rücktritts nur der jedesmaligen Feststellung, daß eine Spezifikation auch wirklich stattgefunden hat. Dazu ist zu beachten, daß vom Gesetzgeber hier nicht wie in § 351 Verschulden erfordert wird, obgleich man daran denken könnte, „die unverschuldete Spezifikation dem kasuellen Untergang gleich zu behandeln, zumal die Verarbeitung den wirtschaftlichen Untergang der verarbeiteten Sache bewirkt".[1]) Anders bei der Wandelung. Für diese erfährt § 352 eine wesentliche Einschränkung durch die Bestimmung in § 467, welche ausführt, „daß im Falle des § 352 die Wandelung nicht ausgeschlossen sein soll, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung gezeigt hat".

Darüber, was unter dem „sich zeigen" des Mangels zu verstehen ist, gehen die Ansichten auseinander, die einen, so Kaufmann (S. 49), wollen das „sich gezeigt hat" als ein objektives Merkmal aufgefaßt wissen. Darnach käme es also nicht darauf an, ob der Käufer, hier der Dritterwerber, den Mangel kannte oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kennen mußte, sondern lediglich darauf, ob der Mangel sichtbar zutage getreten ist. Kaufmann gebraucht an genannter Stelle das Beispiel, daß der Käufer, der ein mit Schwamm behaftetes Haus umbaut, wandeln kann, wenn der Schwamm erst während des Umbaues sichtbar

[1]) Schollmeyer § 352 Ziff. 1; and. M. Conze S. 63.

geworden ist, daß er aber nicht wandeln kann, wenn der Schwamm schon vorher äußerlich hervorgetreten ist, wenn auch so, daß die Kenntnis davon dem Käufer nicht zuzumuten war.

Ich kann dieser rein objektiven Auffassung des Begriffes „sich zeigen" nicht zustimmen, erachte es vielmehr für richtig, wie Leistner (S. 62) und nach ihm noch Conze (S. 64) das subjektive Moment nicht unberücksichtigt zu lassen. Es wird also immer auch zu prüfen sein, ob der Käufer, hier der Dritterwerber, den „sich zeigenden" Mangel erkannte oder bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen mußte. Erst wenn objektives und subjektives Moment zusammentreffen und die Umarbeitung trotzdem vorgenommen wird, ist nach §§ 352, 467 die Wandelung auszuschließen, in dem von Kaufmann gebrauchten Beispiel wäre also die Wandelung, obwohl der Mangel bereits vorher zutage getreten war, noch möglich in dem Zeitpunkt, in dem das Auftreten des Schwammes bei dem Umbau von dem Dritterwerber erkannt wurde oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters hätte erkannt werden müssen.

Wandelt nun der Käufer nach § 467, so muß er gemäß § 281 entweder die neue aus dem ursprünglichen Gegenstand hergestellte Sache herausgeben — Voraussetzung ist dabei natürlich immer, daß ihm die Rückerwerbung vom Dritterwerber gelungen ist — „oder den Vermögensvorteil, welcher sich ergibt, wenn er die neue

Sache behält".[1]) Dies würde auch schon aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung folgen.

Die Kosten, die dem Dritterwerber durch die Umarbeitung entstanden sind, kann der Käufer im Falle der Rückgabe der Sache nicht schlechthin in Ansatz bringen. Denn nach § 994 Abs. 2, auf welchen § 347 Satz 2 Bezug nimmt, kann der Käufer nur Ersatz für die notwendigen Verwendungen, und zwar nach den Vorschriften für die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen. Wann das der Fall ist, ist Tatfrage.[2]) Wegen solcher Verwendungen steht auch dem Käufer, da es grundsätzlich als gleichgültig zu erachten ist, ob die Spezifikation von dem Dritterwerber oder von dem Käufer selbst vorgenommen worden ist, ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB. zu. Ist von dem Dritterwerber mit der Kaufsache eine andere Sache als wesentlicher Bestandteil verbunden worden, so kann sie gemäß §§ 347, 997 unter denselben Umständen abgetrennt werden, unter denen für die Verwendungen Ersatz beansprucht werden kann.

Der Verarbeitung der ganzen Sache ist die Verarbeitung eines wesentlichen Teils gleichzustellen, dagegen nimmt eine bloße Veränderung der Sache, welche sich nicht als Umarbeitung darstellt, vielleicht sogar eine Ver-

[1]) vgl. Mot. Bd. 1 S. 282.

[2]) Conze hält es für ausgeschlossen, daß die Kosten der Umgestaltung jemals als eine notwendige Verwendung auf die Sache aufgefaßt werden können.

besserung enthält, die Wandelung nicht, der Gegner wäre zudem nach § 347 noch erstattungspflichtig.

Der vielfach vertretenen Ansicht,[1]) daß der Verarbeitung durch den Käufer selbst bezw. den Drittserwerber die Verarbeitung durch die in § 278 bezeichneten Personen gleichzustellen ist, kann ich nicht zustimmen. Mir erscheint die Beweisführung bei Oertmann § 352 Ziff. 3 einleuchtend und ausschlaggebend, wonach § 352 gegenüber dem § 351 eine „Verschärfung des Prinzips insofern enthält, als in ersterem das Moment der Verschuldung vollständig ausgeschaltet ist und es daher nicht als statthaft angesehen werden kann, eine weitere verschärfende Bestimmung auf dem Wege der Analogie in den § 352 hineinzubringen". Bei den Hilfsarbeitern wird also auch im Falle der Verarbeitung ein Verschulden nach § 351 gefordert werden müssen.

B. Verschulden.

a) Was ist unter Verschulden zu verstehen?

Hervorzuheben ist zunächst, daß es sich nicht um ein Verschulden des zum Rücktritt oder zur Wandelung Berechtigten selbst handelt, sondern um ein Verschulden desjenigen, an den die Sache weiterveräußert worden ist. Rehbein (S. 251) leugnet nun überhaupt, daß von einem Verschulden des Drittempfängers je die Rede sein

[1]) Planck (Schollmeyer) Bd. 2 zu § 252 Abs. 2; Conze S. 69; Kaufmann S. 50.

könne, da dieser ja „über seine Sache“ verfüge. Derselben Ansicht ist Schollmeyer,[1]) der betont, daß der Dritterwerber für die ihm gehörige Sache niemandem verantwortlich sei und infolgedessen auch nicht schuldhaft handeln könne.

Diese Ansicht ist zu bekämpfen.

Aus dem Zusammenhang der §§ 353, 351, aus der Verweisung von § 353 auf § 351 ist zu entnehmen, daß das Handeln des Dritterwerbers mit dem des Berechtigten grundsätzlich gleichgestellt werden soll, daß die Handlungen des Dritterwerbers so zu qualifizieren sind, wie wenn sie von dem Berechtigten selbst vorgenommen worden wären. Auch das schuldhafte Handeln ist infolgedessen nach diesem Maßstabe zu beurteilen. Schuldhaft handeln heißt nach der gewöhnlichen Begriffsbestimmung vorsätzlich und fahrlässig handeln, denn der Schuldner hat nach § 276 Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

Dieser Verschuldensbegriff hat zunächst ein Verschulden in fremden Angelegenheiten im Auge. Nun muß allerdings zugegeben werden, daß ein solches Verschulden bei dem rechtmäßigen Dritterwerber kaum vorliegen kann. Denn es ist ja seine eigene Sache, auf welche er die Einwirkung vornimmt und für welche er keinem Dritten verantwortlich ist. An ein solches Verschulden in fremden Angelegenheiten denken wahrscheinlich Rehbein und Schollmeyer ausschließlich, wenn sie

[1]) Komm. Bd. 2 zu § 353.

leugnen, daß jemals von Verschulden gesprochen werden könne. Damit ist jedoch der allgemeine Verschuldensbegriff noch nicht erschöpft, da darunter auch noch ein Verschulden in eigenen Angelegenheiten subsumiert werden muß. Ein solches Verschulden in eigenen Angelegenheiten ist im Bürgerlichen Gesetzbuch an mehreren Stellen zum Ausdruck gekommen, wie z. B. bei dem konkurrierenden Verschulden in § 254, und kann auch unbedenklich für den § 351 unterstellt werden. Was ist nun unter Verschulden in eigenen Angelegenheiten zu verstehen? Meines Erachtens ist jede unwirtschaftliche Behandlung der Sache als solches anzusehen. Denn es erscheint als eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und damit mindestens als eine Fahrlässigkeit in eigenen Angelegenheiten, wenn der Dritterwerber die Sache unwirtschaftlich behandelt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Dritterwerber die Verfügung über die Sache in Kenntnis des Mangels oder in fahrlässiger Unkenntnis oder in Unkenntnis desselben vornahm.[1]) Von der Annahme eines Verschuldens mußte also vor allem dann abgesehen werden, wenn der Dritterwerber die Verfügung vielleicht gerade wegen des Mangels als wirtschaftlich zweckmäßig oder gar notwendig vorgenommen und sich dadurch als guter Haus-

[1]) Kaufmann S. 40 scheint hier mit Unrecht einen Unterschied konstruieren zu wollen zwischen den Fällen, in welchen die Verfügung in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Mangels geschah, und den in Unkenntnis des Mangels vorgenommenen Verfügungen.

vater erwiesen hat. Die Rechtsfolge dieses Verschuldens trifft natürlich nicht die unbeteiligten Dritterwerber, sondern z. B. beim Kauf den Käufer in seinem Verhältnis zum Verkäufer; denn der Käufer hat nach §§ 353, 351 für das Verschulden des Dritterwerbers einzustehen.

Wenn ich nun auch diese besonders von Conze vertretene Ansicht für richtig und vor allem für geeignet halte, die von Rehbein und Schollmeyer vorgebrachten Bedenken zu zerstreuen, so erscheint mir doch der von Oertmann[1]) beschrittene Weg ebenso unbedenklich, dazu noch einfacher und in allen Fällen glücklicher zum Ziele zu führen. Oertmann faßt den Ausdruck schuldhaft nicht in dem gewöhnlichen technischen Sinne auf, sondern versteht darunter jede „freie, imputable, nicht durch die Verhältnisse gebotene oder gestattete Handlung". Zur Begründung wird angeführt, daß die Worte „verschulden" und „schuldhaft" auch sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch im untechnischen Sinne gebraucht werden. Dazu bemerkt Kaufmann (S. 42) ganz richtig, daß die Versuchung naheliege, noch einen Schritt weiterzugehen und „verschuldet" im Sinne von „herbeigeführt" zu nehmen. Diese letzte Konsequenz würde sich daraus ergeben, daß für die Spezifikation in § 352 die Wandelung immer ausgeschlossen wird, einerlei ob sie verschuldet oder unverschuldet erfolgte, und ein Grund nicht einzusehen

[1]) vgl. § 351 Ziff. 1 Abs. 2.

ist, warum vom Gesetzgeber ein Unterschied zwischen Untergang, wesentlicher Verschlechterung und anderweitiger Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes einerseits und der Spezifikation andererseits gemacht wurde, doch verbietet es der Wortlaut des § 351, über die Auslegung des Wortes „verschuldet", wie sie von Oertmann gegeben wird, noch hinauszugehen. Sie genügt auch, um die Interessen des Verkäufers entsprechend zu schützen. Denn wenn auch bei den Handlungen, die „nach den Verhältnissen geboten oder gestattet sind", die Wandelung zulässig bleibt, so werden die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung doch genügend Schutz für den Verkäufer bieten, um diesen vor Benachteiligung zu bewahren, denn in den meisten Fällen wird es sich um Gebrauch oder Verbrauch der Sache handeln. Diese „heben jedoch die Bereicherung nicht schlechthin auf, es kann vielmehr eine solche übrigbleiben vom Standpunkt und in der Höhe der dadurch ermöglichten Ersparung anderweiter Ausgaben".[1])

b) Das Verschulden anderer Personen, das der Käufer zu vertreten hat.

Wie der Käufer für das nach § 351 zu vertretende Verschulden eines anderen einzustehen hat, so ist dies natürlich auch bezüglich des Dritterwerbers gemäß §§ 353, u. 351 der Fall. Dem eigenen Verschulden des Dritt-

[1]) vgl. Oertmann § 818 Ziff. 3 b Abs. 2.

erwerbers ist in § 351 das von ihm nach § 278 zu vertretende Verschulden eines andern gleichgestellt, d. h. also ein Verschulden eines gesetzlichen Vertreters und der Personen, „deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient". Diese Bestimmung erscheint auf den ersten Blick überflüssig, weil der Dritterwerber für das Verschulden dieser Personen schon an sich nach § 278 aufzukommen habe, sie wird auch von Endemann[1]) für überflüssig erachtet, da der allgemeine Grundsatz des § 278 so schon auf den Käufer, in unserem Falle auf den Dritterwerber, Anwendung zu finden habe. Als richtig muß aber die von Schollmeyer (zu § 351 Nr. 2) gegebene Erklärung angesehen werden. Hiernach kommt § 278 ohne weiteres nur dann zur Anwendung, wenn ein Verschulden der genannten Personen nach vollzogener Wandelung oder nach erklärtem Rücktritt vorliegt, denn erst dann ist der Käufer oder Rücktrittsberechtigte Schuldner bezüglich des veräußerten Gegenstandes. Wenn § 278 aber schon für die Zeit vor der Rücktrittserklärung und vor Vollzug der Wandelung Anwendung finden sollte, so bedurfte es der besonderen Bestimmung des § 351. Schließt man sich dieser Beweisführung an,[2])

[1]) vgl. Endemann Bd. 1 § 148 Anm. 21; so auch Leistner S. 61.

[2]) Derselben Ansicht auch Oertmann § 467c Abs. 5. Unerfindlich erscheint es mir, wie Kaufmann aus folgenden Worten Oertmanns eine Meinungsverschiedenheit zwischen Schollmeyer und Oertmann herauslesen kann: „Es sind also unter den genannten Personen im Sinne der §§ 351 u. 467 solche zu verstehen, deren sich der Rücktrittsberechtigte

wie sie im übrigen auch von Oertmann vertreten wird, so fallen m. E. auch die bei Oertmann § 467 c Abs. 4 geltend gemachten Bedenken zusammen.

Das Verschulden der fremden Personen, welches der Käufer zu vertreten hat, kann nach dem Wortlaut des § 278 nur ein solches sein, welches sich auf die eventuelle Rückgewähr der Sache bezieht, denn „die hier in Betracht kommende Verbindlichkeit ist die im Falle des Rücktritts eintretende Rückgewährsverbindlichkeit".[1])

Ebenso Conze: „Der Verbindlichkeit entspricht, da hier eine solche noch nicht vorhanden ist, die wirtschaftliche Behandlung der Kaufsache als Vorbedingung der Wandelung".

Das Verschulden des Dritterwerbers und der Personen, für die er nach § 278 einzustehen hat, ist also gleichgestellt.

Wer gehört nun zu diesen Leuten, für die der Dritterwerber aufzukommen hat? Nach § 278 der gesetzliche Vertreter und diejenigen Personen, „deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient". Unter den letzteren sind nach Oertmann[2]) diejenigen zu verstehen, deren sich der Dritterwerber „zur wirtschaft-

---

(Käufer) zur wirtschaftlichen Behandlung der Sache bedient, nicht gerade zur Erfüllung seiner vor der Wandelung noch gar nicht vorhandenen Verbindlichkeit".

[1]) Schollmeyer zu § 351 Nr. 2.

[2]) vgl. § 467 c Abs. 4; Conze S. 56.

lichen Behandlung der Sache bedient". Der Dritterwerber muß also nach dieser Ansicht für alle seine Angestellten haften, die sich mit der Sache irgendwie beschäftigen müssen, es genügt jedoch, wenn sie auf Grund irgendeines Rechtsverhältnisses, z. B. Miete oder Pacht, für die Sache zu sorgen haben.

Goldmann-Lilienthal gehen bei Beurteilung vorstehender Frage aus von einer Verwahrungspflicht des Käufers oder Dritterwerbers von Empfang der Sache an. Diese Auffassung ist sicher, soweit Wandelung in Frage steht, zurückzuweisen, besonders wenn der Käufer den Mangel und damit auch sein Wandelungsrecht noch gar nicht kennt.[1]) Ich muß die Brauchbarkeit dieser Meinung aber auch für das Rücktrittsrecht verneinen, weil sie sich in direktem Widerspruch zum Gesetze befindet. Goldmann-Lilienthal wollen die Aufbewahrung, das Gesetz unterstellt in § 353 das Gegenteil, die Veräußerung.

c) Beweislast.

Eine genaue Untersuchung der strittigen Frage, wer das Verschulden zu beweisen hat, dürfte über den Rahmen unseres Themas hinausgehen. Ich möchte mich mit Oertmann[2]) dahin entscheiden, daß besonders innere Gründe für die Beweislast des Käufers sprechen.

[1]) vgl. Oertmann § 467c Abs. 4.

[2]) vgl. Oertmann § 351 Ziff. 7 und die dortigen Zitate.

C. Wesentliche Verschlechterung und Untergang.

Von der folgenden Erörterung auszunehmen sind diejenigen Fälle, in welchen der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist und infolgedessen Rücktritt und Wandelung gemäß § 350 nicht ausgeschlossen wird. Was von dem zufälligen Untergang gilt, gilt selbstverständlich auch vom zufälligen teilweisen Untergang und von der zufälligen wesentlichen Verschlechterung. Anders in den Fällen des § 351, in denen Untergang und wesentliche Verschlechterung verschuldet ist. Dem Untergang der Sache wurde durch die zweite Kommission die wesentliche Verschlechterung gleichgestellt, „weil die wesentliche Verschlechterung dem wirtschaftlichen Erfolge nach dem Untergange der Sache so nahe komme, daß eine übereinstimmende rechtliche Behandlung geboten erscheine".[1]) Der wesentlichen Verschlechterung ist wiederum ebenfalls nach einer Neuerung des 2. Entwurfs der Untergang eines erheblichen Teiles der Sache gleichgestellt. Bei der Prüfung, ob eine Verschlechterung eine wesentliche zu nennen sei, wird man vor allem die wirtschaftliche Zweckbestimmung der Sache ins Auge zu fassen haben und demgemäß zu sehr verschiedenen Resultaten kommen. So kann — nach einem von Kaufmann (S. 38) angezogenen Beispiel — schon ein ungeschicktes Beschneiden des Schweifes oder der Mähne bei einem kostbaren Reitpferde eine wesentliche

[1]) vgl. Eck S. 166; Prot. Bd. 2 S. 1593/94.

Verschlechterung ausmachen, während dies bei einem Zugpferde nicht viel ausmachen würde. Schollmeyer[1]) betont ferner mit Recht, daß auch die individuellen Verhältnisse des zum Rückempfang Berechtigten in Betracht zu ziehen sind, weil er ja dasjenige wieder erhalten soll, was er haben würde, wenn er die Leistung gar nicht gemacht hätte. Als Verschlechterung haben wir auch die dingliche Belastung der Sache aufzufassen, wenn nicht bei der Belastung der Besitz wie beim Faustpfand auf den Berechtigten übergeht. In letzterem Falle sind die Vorschriften des § 353 wie für die Veräußerung der Sache maßgebend. Soweit jedoch der Besitz bei dem Käufer bleibt, muß die dingliche Belastung als Verschlechterung angesehen werden, wie dies in wirtschaftlicher Beziehung heutzutage ja allgemein geschieht, wenn auch eine Veränderung der Substanz noch nicht vorgenommen wird. Ob im übrigen in der Belastung selbst eine wesentliche Verschlechterung zu sehen ist oder nicht, ist quaestio facti.

Das Gesetz hat im § 351 die wesentliche Verschlechterung hervorgehoben; daraus ergibt sich, daß bei unwesentlicher Verschlechterung die Wandelung gestattet bleiben soll. Natürlich bleibt der Handelnde nach §§ 346 u. 347 zum Schadensersatz verpflichtet.

Es erübrigt sich noch auf den Begriff des Untergangs etwas näher einzugehen, soweit verbrauchbare Sachen in Betracht kommen. Diese sind ihrer Natur nach dazu bestimmt, aufgebraucht zu werden, „unterzugehen". Und

[1]) Komm. zu § 351 Ziff. 2a; ebenso Kaufmann S. 38.

eben deshalb, wegen ihrer Zweckbestimmung, wird anzunehmen sein, daß sich ihr Untergang selten als eine unwirtschaftliche, verschuldete, sondern in den meisten Fällen als eine durch die Verhältnisse gebotene, wirtschaftliche, also unverschuldete Verfügung des Dritterwerbers und somit des Käufers darstellen wird und infolgedessen die Wandelung erhalten bleibt.

Daß besonders dann von einem unwirtschaftlichen Verbrauchen, einem verschuldeten Untergang nicht gesprochen werden kann, wenn gerade durch die Aufbewahrung der Sache zu dem Zwecke, mit ihr zu wandeln, deren Verderb herbeigeführt und so unwirtschaftlich mit der Sache umgegangen würde, während wirtschaftliches Handeln auf den Verbrauch der Sache hindrängt, ist selbstverständlich und bereits oben einmal gestreift worden. Doch möchte ich hier nicht so weit gehen wie Conze (S. 59), der das Wandelungsrecht dem Käufer auch noch dann zugesteht, wenn die gekaufte Sache in Kenntnis ihres Fehlers ihrer Bestimmung gemäß verbraucht und so die Sache objektiv wirtschaftlich behandelt wird. In erster Linie muß m. E. bei der Wandelung die Rückgewähr der Sache in natura erstrebt werden, und erst, wenn die Sache Gefahr läuft, bis zur Rückgewähr zu verderben, kann eigener wirtschaftlicher Verbrauch eintreten.

Wandelt der Käufer in den Fällen des Verbrauchs, so hat er dem Verkäufer gemäß § 346 Satz 2 den Wert zu ersetzen, den die bestimmungsgemäß verbrauchte Sache für ihn hatte.

D. Anderweitige Unmöglichkeit.

Der Vernichtung und wesentlichen Verschlechterung ist in § 351 noch die vom Dritterwerber verschuldete anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe gleichgestellt. Hierunter sind Fälle wie Verlieren oder unauffindbares Verlegen oder schlechte Bewachung der Sache, so daß sie gestohlen wird, zu verstehen. Anderweitige Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn der empfangene Gegenstand z. B. durch Verschulden des Drittempfängers in einen Krater, in das Meer oder in einen tiefen See gefallen ist, aus dem ihn niemand herausholen kann. Die Unmöglichkeit der Herausgabe eines erheblichen Teils ist dem Untergang eines erheblichen Teils, mithin einer wesentlichen Verschlechterung gleichzuachten.

Grundsätzlich muß im Gegensatz zu Schollmeyer und Conze[1]) betont werden, daß unter der anderweitigen Unmöglichkeit der Herausgabe nur die objektive, nicht auch die subjektive Unmöglichkeit, das subjektive Unvermögen verstanden werden darf.

a) Unter anderweitiger Unmöglichkeit der Rückgewähr ist nur die objektive Unmöglichkeit zu verstehen.

Dafür, daß unter anderweitiger Unmöglichkeit nur die objektive Unmöglichkeit verstanden werden kann, spricht

[1]) Schollmeyer Anm. 2b zu § 351; Conze S. 60.

zunächst der Wortlaut des Gesetzes, „das den Ausdruck Unmöglichkeit in strenger Scheidung nur von der objektiven gebraucht und ihr die subjektive als bloßes Unvermögen gegenüberstellt".[1])

Dieser scharfe Gegensatz kommt vor allem zum Ausdruck in § 275, in dem objektive Unmöglichkeit in Abs. 1 und Unvermögen in Abs. 2 einander gegenüberstehen. Schollmeyer und Conze beweisen m. E. nichts, wenn sie aus § 275 folgern, daß nachfolgende objektive Unmöglichkeit und nachträglich eintretendes Unvermögen des Schuldners zur Leistung in der befreienden Wirkung für den Schuldner einander gleich stehen, wenn dieser den Umstand, durch den die Leistung objektiv oder subjektiv unmöglich wird, nicht zu vertreten hat. Dies mag für die nachträgliche Unmöglichkeit und das nachträgliche Unvermögen richtig sein. Bei uns handelt es sich aber doch um die Unmöglichkeit im Momente des Vollzugs der Wandelung oder der Erklärung des Rücktritts, also um den Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses. Hier ist maßgebend für die Wandelung, die, wie oben (Einleitung) bereits erörtert wurde, durch Vertrag vollzogen wird, § 306 BGB., der bestimmt, daß die Entstehung des Schuldverhältnisses durch Vertrag nur bei anfänglicher objektiver Leistungsunmöglichkeit ausgeschlossen wird. Diesen Rechtssatz durch Analogie auch auf das subjektive Unvermögen auszudehnen, erscheint nicht angängig.

[1]) vgl. Oertmann § 306 Ziff. 1b Abs. 3.

Zu demselben Resultat wie bei der durch Vertrag vollzogenen Wandelung muß man bei dem Rücktritt gelangen. Auch hier ist bei Erklärung des Rücktritts das subjektive Unvermögen schon vorhanden, es kann also auf keinen Fall der objektiven Unmöglichkeit gleichgeachtet werden, da ja eine solche Gleichstellung gemäß § 275 Abs. 1 u. 2 nur für das nachträgliche Unvermögen gestattet ist.

Das bloße subjektive Unvermögen steht jedoch meiner Ansicht nach der gültigen Entstehung eines Schuldverhältnisses nicht entgegen.

b) Die Veräußerung selbst kann nicht als anderweitige Unmöglichkeit der Rückgewähr angesehen werden.

Man könnte auch daran denken, die Veräußerung selbst als einen die Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes und daher im Falle des Verschuldens das Rücktritts- und Wandelungsrecht nach § 351 ausschließenden Umstand anzusehen. Dies wäre jedoch vollständig unrichtig. Denn durch die Veräußerung wird die Rückgabe der Sache nicht unmöglich gemacht. Durch die Veräußerung wird nicht eine objektive Unmöglichkeit geschaffen, „denn es ist für den Rücktretenden fortan höchstens die ihm subjektiv mangelnde Besitz- und Verfügungsgewalt, was die Herausgabe hindert, ein anderer, bei dem dieser subjektive Mangel nicht obwaltet, würde dazu imstande sein. Aber auch nicht einmal ein end-

gültiges, subjektives Unvermögen liegt vor, denn nichts schließt die Möglichkeit aus, daß der Rücktrittsberechtigte bis zu dem Zeitpunkt der Rücktrittserklärung den veräußerten Gegenstand vom Dritterwerber wieder zurückerlangt habe".[1]) Es wird also in den weitaus meisten Fällen nicht einmal von einem durch die Veräußerung hervorgerufenen Unvermögen gesprochen werden können, geschweige denn von einer objektiven Unmöglichkeit.

Ist jedoch der Rücktretende für seine Person wirklich nicht imstande, die Sache zurückzuerwerben, wohl aber ein anderer, so liegt im Augenblick der Rücktrittserklärung ein subjektives Unvermögen vor, das jedoch, wie bereits oben am Schlusse unter a gesagt wurde, dem Rücktritt bezw. der Wandelung nicht hindernd entgegensteht.

Die Veräußerung ist daher für alle Fälle ohne jeglichen Einfluß auf die Ausübung des Rücktritts- und Wandelungsrechtes.

Auf die Fragen unter D a und b werden wir bei der Zwangsversteigerung unter II noch einmal näher einzugehen haben.

§ 6.

Verzug des Käufers mit der Rückgewähr der Sache.

Abgesehen von den im vorhergehenden Paragraphen erörterten Fällen, in denen Rücktritt und Wandelung ausgeschlossen ist, ist es dem Berechtigten gestattet, zurück-

[1]) Oertmann in DJZ. 1905 S. 518.

zutreten und zu wandeln. Da jedoch § 348 verlangt, daß die aus dem Rücktritt sich ergebenden Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen sind, kann er die Gegenleistung mit Erfolg nur fordern, wenn er seinerseits gleichzeitig das Empfangene zurückgewährt. Nur im Falle des kasuellen Untergangs steht dem Berechtigten ein Rückforderungsrecht zu, ohne daß er selbst zur Gegenleistung verpflichtet wäre. Würde — abgesehen von dem zuletzt genannten Fall — der Berechtigte trotzdem die Leistung fordern, ohne seinerseits Zug um Zug die Gegenleistung anzubieten, so stände seinem Rückgewährsanspruch eine exceptio non impleti contractus aus § 348 entgegen. Außerdem steht es dem durch Rücktritt oder Wandelung in Anspruch Genommenen frei, von dem Berechtigten Zug um Zug Rückgewähr der empfangenen Sache zu fordern.[1]) Es wird jedoch häufig vorkommen, daß der mit Rücktritt oder Wandelung in Anspruch Genommene gar kein Interesse hat, selbst den Vollzug des Rücktritts oder der Wandelung zu bewerkstelligen. Er müßte dann zunächst geduldig abwarten, bis der Berechtigte mit der Rückgewähr Ernst machen würde. Um diesen für den Verkäufer — hiermit kehren wir zu dem angenommenen Normalfall der Wandelung zurück — unbilligen Zustand zu beseitigen, bietet § 354 die Handhabe.[2]) Dieser be-

[1]) So auch Oertmann § 354 Ziff. 1.

[2]) Enneccerus (S. 687) verweist hierbei auf § 466, der zugunsten des Verkäufers eine entsprechende Bestimmung enthält, um die Erklärung des Käufers, ob er wandeln wolle, zu beschleunigen. Darnach kann der

stimmt: „Kommt der Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles des Gegenstandes in Verzug, so kann ihm der andere Teil eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach Ablauf der Frist ablehne. Der Rücktritt wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablauf der Frist erfolgt". Es müssen also, damit § 354 zur Anwendung kommen kann, die Erfordernisse des Verzugs vorliegen. Da aber vor erklärtem Rücktritt und vor vollzogener Wandelung ein Verzug nicht denkbar ist, so ergibt sich hieraus, daß der Verkäufer, um zur Anwendung des § 354 gelangen zu können, auch dem Käufer gegenüber, der den empfangenen Gegenstand veräußert und noch nicht zurückerworben hat, in die Wandelung willigen, den Wandelungsvertrag abschließen muß. Erst nach vollzogener Wandelung kann der Verkäufer mit den im § 354 gebotenen Mitteln die Wandelung unwirksam machen. Hat der Käufer also gewandelt, so muß er sich beeilen, die veräußerte Sache innerhalb der vom Verkäufer gesetzten angemessenen Frist zurückzuerwerben, wenn er nicht sein Wandelungsrecht verlieren will.

Darüber, was unter dem Verzug des Käufers, der sich auf die Rückgewähr des Gegenstandes oder eines

---

Verkäufer, wenn der Käufer ihm gegenüber einen Mangel behauptet hat, ohne jedoch zu wandeln, unter Erbieten zur Wandelung eine angemessene Frist zur Erklärung bestimmen. Der Käufer verliert dann sein Wandelungsrecht, wenn er diese Frist verstreichen läßt.

erheblichen Teiles des Gegenstandes beziehen muß, zu verstehen ist, geben die §§ 284 ff. Aufschluß. Außer der Mahnung durch den Verkäufer ist hiernach Voraussetzung für den Verzug des Käufers, daß dieser den Umstand, um dessentwillen die Leistung unterbleibt, zu vertreten hat. Da nun dieses „zu vertreten haben" der Regel nach gleichbedeutend mit Verschulden ist, wird es auch von Kaufmann (S. 61) gleichbedeutend mit Verschulden gebraucht und von diesem daraus der Schluß gezogen, daß der Käufer, wenn die Veräußerung unverschuldet vorgenommen worden sei, nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zu haften habe, wobei er eine schuldhafte Veräußerung nur dann annimmt, wenn sie in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Mangels geschehen ist. Diese Anschauung Kaufmanns ist jedoch sowohl bezüglich der Bereicherungshaftung als auch der Auffassung des Verschuldens irrig. Denn der Verkäufer kann, wie auch von Conze mit Recht hervorgehoben wird, so lange nicht an die Anwendung der Bereicherungsgrundsätze dem Käufer gegenüber denken, solange dieser den Verkäufer mit der Möglichkeit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes hinhalten kann. Da sich aber der Käufer nicht in Verzug befindet und ihm infolgedessen auch keine Frist gesetzt werden kann, ist das Ende dieses für den Verkäufer sehr unbequemen Zustandes nicht abzusehen. Um diesem unbilligen, nicht befriedigenden Ergebnis auszuweichen, muß man den Umstand, den der Käufer zu vertreten hat, anders auffassen, als dies von

Kaufmann geschehen ist. Daß unter dem Umstand, den jemand zu vertreten hat, nicht unbedingt ein Verschulden zu verstehen ist, ist sonst wohl allgemein anerkannt.

So sagt Oertmann (zu § 285 Ziff. 1a): „Insofern dieser (der vom Schuldner zu vertretende Umstand) nicht notwendig ein verschuldeter ist, ist es ungenau, wenn vielfach das Verschulden noch immer als Voraussetzung des Verzuges bezeichnet wird". Auch Planck (§ 284 Ziff. 7e) betont, daß sich aus den Schuldverhältnissen auch ein anderes ergeben kann. Dieß muß im vorliegenden Falle angenommen werden. Denn der Käufer kann im Augenblick des Vollzuges der Wandelung infolge einer vor der Wandelung vorgenommenen Veräußerung den Gegenstand nicht hinausgeben. Es liegt daher ein subjektives Unvermögen zur Leistung vor, das der Schuldner, als vor der die Rückgabepflicht begründenden Wandelung entstanden, nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hat.[1]) Einen Unterschied zwischen Wandelung und Rücktritt, der sich aus der Vertragsnatur der Wandelung einerseits und der einseitigen Rücktrittserklärung andererseits nach Schollmeyer (§ 354 Ziff. 2) scheinbar ergeben soll, kann ich nicht sehen. Ob Rücktritt oder Wandelung, es handelt sich doch hier um ein anfängliches subjektives Unvermögen, das der Schuldner bei der Entstehung des

---

[1]) Oertmann § 354 Ziff. 2; Staudinger § 354 Ziff. 3; Planck § 354 Ziff. 2.

Schuldverhältnisses zu vertreten hat. M. E. hat der Berechtigte dieses durch die Veräußerung hervorgerufene Unvermögen bei dem vertragsmäßigen Rücktritt erst recht zu vertreten, da ihm dieser ja ohnehin schon die Verpflichtung auferlegt, dafür zu sorgen, daß er jederzeit zurückgeben kann.

Der Verkäufer — beim Rücktritt analog der mit dem Rücktritt in Anspruch Genommene — kann also gegen den sich in Verzug befindlichen Käufer mit dem Mittel des § 354 vorgehen und so dem für ihn lästigen Hinausziehen der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes ein Ende machen.

Was unter angemessener Frist zu verstehen ist, ist quaestio facti und bestimmt sich nach Oertmann[1]) „aus den Umständen und dem konkreten Vertragszweck, nicht einseitig aus den Sonderinteressen oder Verhältnissen der einen oder anderen Partei".

§ 354 Satz 2 bestimmt nun: „Der Rücktritt wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablaufe der Frist erfolgt". Dieser Satz bietet für das Rücktrittsrecht keine Schwierigkeit. Er bedeutet, daß das Rücktrittsrecht nunmehr erschöpft ist und der Zustand wieder eintritt, der vor erklärtem Rücktritt bestanden hat.

Dagegen knüpft sich für das Wandelungsrecht hieran eine Kontroverse, die eine entschiedene Klärung bisher

[1]) § 250 Ziff. 3. Vgl. dort vor allem auch die Wirkung einer zu kurz bemessenen Frist und die dazu angeführte Literatur.

nicht erfahren hat. Es stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Nach der einen, die von Planck, Neumann, Conze[1]) vertreten wird, bedeutet das Unwirksamwerden eine gänzliche Auflösung des Wandelungsvertrages und ein Wiederaufleben des rückgängig gemachten Kaufvertrages mit der Folge, daß dem Käufer von neuem Minderung statt der vorher gewählten Wandelung zu gestatten sei. Die andere Meinung, die wohl als die richtige angesehen werden muß, vertreten von Schollmeyer,[2]) nunmehr auch von Oertmann (§ 467 Ziff. 1 i) u. a., läßt den Käufer das durch die Wandelung verlorene Minderungsrecht nicht zurückgewinnen. Es ist vor allem mit Schollmeyer darauf hinzuweisen, daß „unwirksam nicht dieselbe Bedeutung hat wie nichtig", denn im Bürgerlichen Gesetzbuch ist die Unterscheidung zwischen „Unwirksamkeit" und „Nichtigkeit" scharf durchgeführt, so daß anzunehmen ist, daß auch hier vom Gesetzgeber „unwirksam" mit Absicht gebraucht worden ist. Da der Rücktritt bezw. die Wandelung aber nur für „unwirksam" erklärt worden ist, ist nun nicht der ganze Wandelungsvertrag hinfällig geworden, die Wandelung ist vielmehr nur in ihrer ferneren Durchführung nicht mehr möglich, und der Käufer kann bei dem Fortbestehen des Wandelungsvertrags das Wahlrecht zwischen Wandelung und Minde-

[1]) Planck § 467 Ziff. 2g; Neumann § 467 Ziff. 4; Conze S. 76.

[2]) Schollmeyer, Schuldverhältnisse S. 16; Leistner S. 66; Leonhard S. 440; vgl. im übrigen die Zitate bei Oertmann.

rung, das sich nunmehr auf die Minderung beschränken würde, nicht von neuem wiedererlangen. Erneute Wandelung wird dem Käufer auch von seiten der Gegner schon deshalb nicht gewährt, weil dieselbe durch die Existenz des § 354 völlig illusorisch gemacht würde. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch noch das von Dernburg vorgebrachte Moment, daß das Zurückgreifen auf die Minderung unzweckmäßig sei, ferner das von Conze verwendete Argument, daß dem Käufer seine Säumnis keinen Vorteil bringen dürfe.

2. Wirkung der Veräußerung nach vollzogener Wandelung.

§ 7.

Wir haben bis jetzt die Fälle behandelt, in welchen die Veräußerung des Käufers vor Vollzug der Wandelung erfolgte, und wollen nun zu dem praktisch weniger wichtigen und infolgedessen auch leichter zu erledigenden Fall, wo der Käufer nach Vollzug der Wandelung, aber vor Rückgewähr der Leistungen eine Veräußerung der empfangenen Sache vornimmt, übergehen. Auch hier wird „die Wandelung trotz der vorgenommenen Veräußerung wie in den Fällen vor vollzogener Wandelung nicht ausgeschlossen, so hier nicht nachträglich unwirksam".[1]) Verschiedene Gesetzesbestimmungen des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts kommen jedoch für die nach vollzogener

[1]) Oertmann in DJZ. a. a. O.

Wandelung (nach erklärtem Rücktritt) vorgenommene Veräußerung nicht mehr zur Anwendung: es sind dies die §§ 351—353 BGB., die zur Voraussetzung haben, daß die Wandelung noch nicht vollzogen ist.[1]) Nach vollzogener Wandelung kann nicht die Wandelung noch ausgeschlossen werden. Sie bleibt vollzogen, d. h. es hat (im Falle des Rücktritts bei dem Schuldverhältnis) im Falle der Wandelung bei dem Wandelungsvertrag, aus welchem nun die beiderseitigen Verpflichtungen des Käufers und Verkäufers herzuleiten sind, sein Bewenden. Man wird also jetzt nicht mehr fragen müssen, wie wirkt eine Veräußerung auf die Wandelung, sondern wie wirkt sie auf die Verpflichtungen, die sich beiderseitig aus der Wandelung ergeben? Nach der Ansicht Schollmeyers[2]) liegt in der einfachen Tatsache der Weiterveräußerung nach vollzogener Wandelung ein Verstoß gegen das aus der Wandelung hervorgegangene Schuldverhältnis auf Rückgewähr, den der Käufer nach § 276 zu vertreten hat und der ihn demgemäß nach § 280 schadensersatzpflichtig macht. In dieser Allgemeinheit möchte ich Schollmeyer nicht beipflichten, denn es lassen sich wohl Fälle denken, in denen besondere Umstände eine Veräußerung rechtfertigen. Man erinnere sich an den Fall, daß Nahrungsmittel gar vollständig verderben würden, bis sie dem entfernt wohnenden Verkäufer zugestellt werden könnten, und daß

[1]) vgl. Oertmann § 351 Ziff. 5; Schollmeyer §§ 351 Ziff. 3, 352 Ziff. 3; Planck § 351 Ziff. 1; Kaufmann S. 44.

[2]) vgl. Schuldverhältnisse S. 35.

sie infolgedessen an einen Nachbarn, der sie als Viehfutter verwenden kann, weiterveräußert werden. Es wird hier wieder darauf ankommen, ob der Käufer wirtschaftlich gehandelt hat und der Zustand der Sache und die Möglichkeit der Rückgewähr in dem Moment, in dem sie erfolgen soll, keinen anderen Ausweg zuließen.

Dem Verkäufer stehen, nachdem die §§ 351—353 nicht mehr zur Anwendung kommen können, m. E. nun zwei Wege zur Verfügung, um seine Interessen gegenüber einer Weiterveräußerung des Käufers nach vollzogener Wandelung zu wahren; der eine ergibt sich aus §§ 347 f. (mit § 467), der andere aus § 354.

Was zunächst den ersteren anlangt, so sagt § 347, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergangs oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe sich im Falle (des Rücktritts, also auch) der Wandelung von dem Empfange der Leistungen an nach den Vorschriften bestimmt, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an maßgebend sind, wonach der Besitzer dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich ist, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann. § 347 findet sein eigentliches Anwendungsgebiet in den Verfügungen nach Vollzug der Wandelung, da durch Verfügungen vor Vollzug der Wandelung häufig Ausschluß der Wandelung auf Grund

der §§ 351—353 erfolgt. Da aber § 347 (mit § 989) Verschulden erfordert, ist seine Anwendbarkeit ausgeschlossen bei den unverschuldet vorgenommenen Veräußerungen. Für diese durch die Umstände gebotenen oder gestatteten Veräußerungen haftet der Käufer nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung[1]) (§§ 812 ff.). Im übrigen kann man wohl sagen, daß nach dem hier einschlagenden § 989 ein Verschulden des Besitzers angenommen werden muß, wenn die Veräußerung nicht durch solche soeben gestreifte besondere Umstände veranlaßt ist. Denn vom Eintritt der Rechtshängigkeit an muß sich der Besitzer bei allen Verfügungen vergegenwärtigen, daß er event. die empfangene Sache herauszugeben hat, und muß daher für die Aufbewahrung und Erhaltung der Sache sorgen. Nach den Motiven (Bd. 2 S. 282) kommt § 980 „mit Rücksicht darauf, daß von Anfang an die Möglichkeit des Rücktritts bestand", mit Recht auf das vertragsmäßige Rücktrittsrecht und damit auf die Wandelung zur Anwendung. Ist ein Verschulden des Käufers festgestellt, so ist er dem Verkäufer gemäß § 280 schadensersatzpflichtig. Außerdem hat der Verkäufer bei allen nach der Wandelung vorgenommenen Veräußerungen selbstverständlich noch die Möglichkeit, sich gemäß §§ 348 und 467 der Rechte aus den §§ 320, 322 zu bedienen. Er kann also, wenn er z. B. infolge teilweise unmöglich gewordener Rückerstattung der empfangenen Sache einen

[1]) So auch Oertmann § 467 Ziff. 1k.

Schadensersatzanspruch hat, mit diesem gegen die Forderung des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises aufrechnen, auch kann der auf Rückzahlung des Kaufpreises verklagte Verkäufer seinen Kaufpreis so lange zurückbehalten, bis ihm der Käufer die empfangene Sache zurückerstattet hat.

Der Verkäufer kann aber auch den nach § 354 vorgezeichneten Weg beschreiten, der ihn vielfach zu einem rascheren und auch erwünschteren Ziele führen wird. Dieser gewährt dem Verkäufer die Möglichkeit, dem Käufer, wenn dieser mit der Rückgewähr des Kaufgegenstandes oder eines erheblichen Teiles desselben in Verzug gerät, eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Damit aber § 354 zur Anwendung kommen kann, müssen die Erfordernisse des Verzuges vorliegen. An einem solchen Erfordernis mangelt es, „solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat" (§ 285). Dieser Fall ist dann denkbar, wenn der Schuldner, der die Wandelung vollzogen hat, nachträglich unverschuldet zur Leistung unvermögend wird, denn das nachträglich eingetretene subjektive Unvermögen zur Leistung ist, wenn den Schuldner kein Verschulden trifft, den nicht zu vertretenden Umständen gemäß § 275 Abs. 2 zuzuzählen. Wir sehen uns also für die Veräußerung nach vollzogener Wandelung der Erscheinung gegenüber, daß, soweit ein unverschuldetes, endgültiges subjektives Unvermögen des Schuldners in Frage steht, Verzug und damit der Weg des § 354 aus-

geschlossen wird.[1]) Dieses vielleicht etwas überraschende Ergebnis hat aber nicht die Bedeutung, wie es auf den ersten Blick scheinen mag, denn der Käufer muß, um die Anwendbarkeit des § 354 auszuschließen, den schweren Beweis erbringen, „einmal daß die Veräußerung nicht als verschuldet anzusehen, zum andern daß durch sie wegen Untunlichkeit des Rückerwerbs die Herausgabe der Sache an den Verkäufer ausgeschlossen wird.[2]) Dieser Beweis wird aber dem Käufer nur in den seltensten Fällen gelingen. Gelingt er ihm jedoch, so kann er, da § 323 — wonach der Anspruch auf die Gegenleistung verloren geht, wenn die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat — nach § 348 nicht zur Anwendung kommen darf, so kann er Durchführung der Wandelung verlangen. Diesem Verlangen gegenüber bietet dem Verkäufer aber § 281 die Handhabe, Herausgabe des als Ersatz Empfangenen zu beanspruchen und insoweit gegen den Rückforderungsanspruch des Käufers aufzurechnen oder Abtretung des Ersatzanspruchs zu verlangen. Es machen nun zwar manche[3]) geltend, daß in dem Gegenwert, den der Schuldner durch Veräußerung des empfangenen Gegenstandes gewinnt, kein nach § 281 herauszugebender Ersatz zu erblicken sei. Wir dürfen jedoch m. A. n. für den vor-

[1]) vgl. zu diesen Ausführungen Oertmann in DJZ. 1905 S. 522.

[2]) vgl. Oertmann a. a. O.

[3]) vgl. die Zitate bei Oertmann a. a. O. S. 522.

liegenden Fall unbedenklich folgender Beweisführung Oertmanns folgen:

„Hier ist es gerade die Veräußerung des Schuldobjektes, die wenn auch erst in Verbindung mit der Weigerung des Erwerbes zur Rückübertragung, das Unvermögen des Schuldners herbeigeführt hat. Derselbe Umstand also hat — anders als in den Fällen, wo der vom Schuldner veräußerte Gegenstand nachher beim Dritten unterging — sowohl das Unvermögen der Leistung wie den Gewinn des Ersatzes zur Folge gehabt".

Ist es also schon an und für sich als ein höchst seltener Fall anzusehen, daß die Anwendbarkeit des § 354 ausgeschlossen werden kann, so greift zudem in den wenigen Fällen, in denen es möglich ist, § 281 ein, um eine für den Verkäufer bestehende Härte nicht allzu unbillig erscheinen zu lassen.

In allen übrigen Fällen führt § 354 rasch zum Ziele.

§ 8.

Sonderbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für den Viehhandel.

Wenn wir in unserem Thema Stellung nehmen zu den Sonderbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für den Viehhandel, so empfiehlt es sich, zunächst auf den Einfluß einer Veräußerung auf das Rücktrittsrecht kurz einzugehen.

Für das Rücktrittsrecht behält es bei den bisherigen Ausführungen sein Bewenden. Vor allem ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der zu seiner Erklärung Berechtigte den Gegenstand veräußert und der Dritterwerber „eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit des empfangenen Gegenstandes selbst oder durch diejenigen Personen, für die er gesetzlich aufzukommen hat, verschuldet hat, wobei der Untergang eines erheblichen Teiles einer wesentlichen Verschlechterung des Gegenstandes" gleichsteht.

Für die Beurteilung des Wandelungsrechtes dagegen ergeben sich durch die für die Wandelung beim Viehkauf gegebenen besonderen Vorschriften[1]) von den bisherigen Ausführungen manche Abweichungen.

Die Spezialbestimmungen der §§ 482—492 finden gemäß § 481 nur Anwendung auf den Verkauf von Pferden, Eseln, Maulesel, Maultieren, Rindvieh, Schafen und Schweinen. Bezüglich anderer Tiere sind die allgemeinen Bestimmungen über Mängelgewähr maßgebend. Ferner haftet der Verkäufer von Gesetzes wegen nur für die in der kaiserlichen Verordnung v. 27. 3. 1899 aufgeführten Hauptmängel, und zwar nur dann, wenn diese Hauptmängel sich innerhalb der in genannter Verordnung bestimmten Gewährfristen zeigen (vgl. § 482). Der Käufer kann nun hier nach § 487 nur Wandelung, nicht auch

---

[1]) vgl. §§ 482—492 BGB.

Minderung verlangen.[1]) Diese Bestimmung ist aus praktischen Gründen getroffen, insbesondere um „weitläufige und bei lebenden Tieren der Natur nach stets unsichere Schätzungen“ [2]) zu vermeiden und die an und für sich schon große Zahl der Prozesse zu vermindern. Dem Käufer, der in seinen Rechten nach vorstehendem ziemlich beschnitten worden ist, ist als Äquivalent dafür auch für die Fälle, in welchen bei anderen Käufen die Wandelung ausgeschlossen ist, die Minderung aber dem Käufer verbleibt, hier anstatt der Minderung die Wandelung zugestanden. Vor allem bestimmt § 481 Abs. 2, daß die Wandelung auch in den Fällen der §§ 351—353, insbesondere wenn das Tier geschlachtet ist, verlangt werden kann; an Stelle der Rückgewähr hat der Käufer den Wert des Tieres zu vergüten, ebenso hat der Käufer nach Abs. 3, wenn vor der Vollziehung der Wandelung eine unwesentliche Verschlechterung des Tieres infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes eingetreten ist, die Wertminderung zu vergüten.

Der Käufer kann somit nach § 487 Abs. 1 u. 2 auch weiterveräußern ohne sein Wandelungsrecht zu verlieren. Daß es prinzipiell gleichgültig ist, ob der Käufer die Veräußerung in Kenntnis des Mangels oder ohne diese Kenntnis vornimmt, ist schon in den früheren hier eben-

[1]) Daß wegen der Tiermängel nicht Minderung, sondern nur Wandelung begehrt werden kann, entspricht dem deutschen Rechtsprinzip und ist in vielen anderen Partikulargesetzen anerkannt.

[2]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 257.

falls einschlagenden Ausführungen dargetan. Da der Käufer in den Fällen der §§ 351—353 stets Wandelung verlangen kann, ist es auch ohne Belang, in welcher Weise der Dritterwerber mit der Kaufsache verfährt, ob er deren Untergang, die wesentliche Verschlechterung oder die anderweitige Unmöglichkeit verschuldet, das Wandelungsrecht des Käufers wird dadurch nicht berührt. Was unter Untergang, wesentlicher Verschlechterung oder anderweitiger Unmöglichkeit zu verstehen ist, siehe oben. Doch versteht es sich m. A. n. von selbst, daß der Käufer auch nach der Weiterveräußerung, ebenso wie er vor der Veräußerung dazu verpflichtet ist, das Tier in natura zurückzugeben hat, „es sei denn, daß es in der dritten Hand unmöglich wurde, das Tier selbst und ohne wesentliche Verschlechterung dem Käufer zurückzuliefern, und deshalb die Wertvergütung eintreten muß".[1]) § 487 Abs. 2 Satz 2, der lautet: „Das gleiche gilt in den anderen Fällen, in denen der Käufer infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, insbesondere einer Verfügung über das Tier, außerstande ist, das Tier zurückzugewähren", schränkt allerdings die Naturalredhibitionspflicht des Käufers insofern ein, als dieser in den Fällen seines subjektiven Unvermögens zur Rückgewähr Wandelung beanspruchen kann, indem er den Wert des Tieres vergütet und infolgedessen für den Fall des subjektiven Unvermögens auch die Wandelung nicht durch das Mittel

[1]) vgl. Schneider S. 144.

des § 354 unwirksam gemacht werden kann. Nur insoweit kann ich Conze (S. 82) recht geben. Dieser Fall mag z. B. eintreten, wenn der Dritterwerber nicht zurückliefern will. Dagegen ist im Gegensatz zu Conze a. a. O. zu betonen, daß in den Fällen, in denen der Käufer zum Rückerwerb der Sache nicht außerstande ist, in natura zurückgegeben werden muß. Kommt der Käufer in diesen Fällen mit der Naturalredhibition in Verzug, so ist der Verkäufer in der Lage, durch Fristsetzung aus § 354 die vollzogene Wandelung unwirksam zu machen. Diese Ansicht vertritt m. A. n. auch Schneider (S. 144); die Berufung von Conze auf Schneider, der scheinbar als Vertreter gleicher Ansicht angeführt werden will, halte ich daher für irrig.

Welcher Zeitpunkt ist für die Wertberechnung maßgebend?

Es erübrigt sich noch auf die sehr strittige Frage kurz einzugehen, welcher Zeitpunkt für die Berechnung des Wertes, der an Stelle der Rückgewähr des Tieres zu vergüten ist, maßgebend sein soll.[1])

Hier möchte ich zunächst auf die Verhandlungen zu § 487 verweisen. Aus diesen geht hervor, daß absichtlich der „Zeitpunkt, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt werden sollte,"[2]) nicht gesetzlich festgelegt

[1]) vgl. Oertmann § 487a Abs. 2 u. 3 und die dort zitierten anderen Ansichten.

[2]) vgl. Prot. der 2. Kommission Bd. 1 S. 803.

wurde. Ja von der 2. Kommission wurde sogar die in den 1. Entwurf bereits aufgenommene Bestimmung, wonach der Zeitpunkt der die Naturalrückgabe unmöglich machenden Handlung für entscheidend erklärt wurde, wieder gestrichen, um den Richter nach Würdigung der Sachlage von Fall zu Fall entscheiden zu lassen. Diese Verhandlungen sollten schon davor warnen, einen Zeitpunkt als maßgebend für alle Fälle festlegen zu wollen.[1]) Dagegen, wie es in dem Entwurf getan ist, den Zeitpunkt der die Naturalrückgabe unmöglich machenden Handlung für ausschlaggebend anzusehen, spricht vor allem die Erwägung, daß in diesem Augenblick noch gar keine Verpflichtung zur Rückgewähr besteht. Eine Verpflichtung des Käufers zur Rückgabe des Tieres entsteht erst mit dem Augenblick des Vollzuges der Wandelung. Und dieser Zeitpunkt — dies ist auch die herrschende Ansicht[2]) — wird wohl in den meisten Fällen für die Wertberechnung maßgebend sein müssen. Denn dann erhält der Verkäufer so viel in Geld ersetzt, als er durch die Naturalrestitution des Tieres zurückerhalten würde. Doch möchte ich nochmals betonen, daß dieser Zeitpunkt wohl nicht für alle Fälle als ausschlaggebend angesehen werden kann; ich verweise hierzu besonders auf die ein-

[1]) Dies ist wohl der Grund, warum in der 2. Kommission von dem 1. Entwurf abgegangen wurde, und nicht, wie Conze glaubt, weil man diesen Zeitpunkt für keineswegs ausschlaggebend erachtete.

[2]) vgl. die Angaben bei Oertmann § 487 2a Abs. 2.

gehenden Ausführungen bei Stölzle (S. 207 ff., 350 ff.), Conze (S. 83 ff.), Schneider (S. 149 f.).

Die von Oertmann (§ 497 Ziff. 2a) aufgeworfene Frage, ob der Käufer immer da zum Rückersatze verpflichtet ist, wo er „zur Rückgabe außerstande ist, oder nur da, wo er entgegen den allgemeinen Bestimmungen des Rücktrittsrechts trotz der Unmöglichkeit der Rückgabe die Wandelung betreibt", ist mit Oertmann selbst und Conze (S. 85 ff.) unbedenklich in letzterem Sinne zu entscheiden, denn der Käufer soll ja durch den von den allgemeinen Bestimmungen abweichenden § 487 eine Besserstellung erfahren, während bei gegenteiliger Annahme, wie Oertmann sehr richtig ausführt, „die zugunsten des Rücktretenden erlassene Sonderbestimmung des § 487 sich zu seinen Ungunsten wenden würde". Liegt ein nach § 487 zu behandelnder Ausnahmefall nicht vor, so haben eben, wie dies in § 481 in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise zum Ausdruck gekommen ist, die allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung zu gelangen.

Am Schlusse ist noch zu betonen, daß diese besonderen Ausführungen für den Viehkauf nur für den Fall der Veräußerung vor vollzogener Wandelung Anwendung finden, für die Veräußerung nach Vollzug der Wandelung gelten die gewöhnlichen Vorschriften (vgl. dazu die Ausführungen in § 7).

§ 9.

Verlangt das Handelsrecht eine andere Behandlung?

Aus der Natur des rasch pulsierenden Handelsverkehrs ergibt sich von selbst, daß hier dem Käufer nicht dieselben langfristigen Rechte eingeräumt werden können wie bei einem Kaufe im gewöhnlichen bürgerlichen Leben. Der Verkäufer muß in kurzer Zeit Gewißheit darüber haben, ob der Käufer von dem Wandelungsrecht Gebrauch machen will oder nicht, ein längerer Zustand der Ungewißheit würde hier die Verkehrssicherheit gefährden. Es hat daher schon das alte Handelsgesetzbuch dem Käufer bei Distanzgeschäften die Verpflichtung auferlegt, „ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang tunlich ist, die Ware zu untersuchen, und wenn sich dieselbe nicht als vertragsmäßig oder gesetzmäßig ergibt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen". Entdeckt der Käufer später einen Mangel, so muß er ebenfalls dem Verkäufer ohne Verzug Anzeige machen. An diese dem Käufer auferlegten Verpflichtungen wurden die schwerwiegenden Folgen geknüpft, daß im Falle der Versäumnis der Pflichten die Ware als genehmigt galt und der Käufer mit seinen Rechten, also auch dem Wandelungsrechte, ausgeschlossen wurde. Nachdem diese Bestimmungen durch Gewohnheitsrecht und Handelsgebrauch und auch durch einzelne Landesgesetze auf die Platzgeschäfte Ausdehnung gefunden hatten, folgte das neue Handelsgesetzbuch in

§ 377 diesem Vorgehen und machte diese Vorschriften ohne Unterschied für alle Handelsgeschäfte zum Gesetz. Der Käufer muß die Ware, wenn er sie nicht als vertrags- oder gesetzmäßig gelten lassen und seine Rechte behalten will, sofort „zur Verfügung stellen". § 377 bezieht sich nun allerdings zunächst nur auf beiderseitige Handelsgeschäfte. Jedoch können nach richtiger Auffassung, wie sie besonders von Staub (S. 1378 f.) vertreten wird, auch bei den einseitigen Handelsgeschäften, also bei einem Kauf zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann, nicht ohne weiteres die Normen des bürgerlichen Rechts für maßgebend erklärt werden. Man wird vielmehr auch hier die Frage, ob der Käufer alles zur Erhaltung seiner Rechte getan hat, ob er insbesondere den Mangel rechtzeitig untersucht und zur Anzeige gebracht hat, nach Treu und Glauben im Handelsverkehr beantworten müssen. Die Folge davon ist, daß im Falle der Anwendung handelsrechtlicher Grundsätze eine Weiterveräußerung der Sache in Kenntnis des Mangels das Wandelungsrecht sofort nimmt. Denn nach Handelsrecht ist dem Käufer, der den Mangel kennt und von seinem Wandelungsrechte Gebrauch machen will, nach § 379 HGB., soweit Distanzgeschäfte in Betracht kommen, die Verpflichtung auferlegt, für die „einstweilige Aufbewahrung" der Sache zu sorgen. Die gleiche Verpflichtung erachte ich für den Käufer bei den Platzgeschäften für gegeben, wenn auch eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift hierfür fehlt. Auszunehmen von dem Verbot der

Veräußerung sind m. E. als selbstverständlich diejenigen Fälle, in denen eine sofortige Verwertung durch Veräußerung als Pflicht eines ordentlichen Kaufmanns angesehen werden muß. Ich verweise hierbei nochmals auf das bereits gebrauchte Beispiel der Nahrungsmittel, die rasch verderben und sofort verbraucht werden müssen.

Dies gilt für die Veräußerung in Kenntnis des Mangels, die Veräußerungen in Unkenntnis des Mangels der Kaufsache dagegen sind m. E. genau so zu behandeln wie die entsprechenden Fälle, die nur nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen sind. Denn solange der Mangel noch nicht erkannt ist, kann auch die zwingende Vorschrift der Aufbewahrung noch keine Wirksamkeit ausüben. Es wird aber bei den nach dem Handelsrecht zu beurteilenden Fällen stets aufs genaueste zu prüfen sein, ob der Käufer durch sofortige Untersuchung der Kaufsache (und bei den wirtschaftlich gebotenen Veräußerungen in Kenntnis des Mangels durch sofortige Mängelanzeige) die handelsrechtlich notwendigen Voraussetzungen der Wandelung erfüllt und sich dadurch sein Wandelungsrecht gesichert hat.

§ 10.

II. Der Einfluß einer Zwangsvollstreckung auf die Wandelung.

Nach § 353 Abs. 2 steht einer Verfügung des Berechtigten, somit auch der Veräußerung im Sinne der

Einwirkung auf das Rücktritts- und Wandelungsrecht (§ 467) eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt. Die bisherigen Ausführungen über den Einfluß einer Veräußerung auf das Wandelungsrecht finden daher auch für die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung, und es kann sich infolgedessen in diesem Paragraphen nur darum handeln, Besonderheiten, die sich aus der Rechtsnatur der Zwangsvollstreckung als einer unfreiwilligen Veräußerung im Gegensatz zu der bisher behandelten freiwilligen Veräußerung ergeben, hervorzuheben und in den Grenzen unseres Themas zu würdigen. Dabei erweist es sich wie bei der Veräußerung so auch hier als notwendig, zu scheiden zwischen den Fällen, in denen die Zwangsvollstreckung vor und in denen sie nach vollzogener Wandelung eingetreten ist.

1. Zwangsvollstreckung vor vollzogener Wandelung.

Die Frage des Verzichts, die bei der freiwilligen Veräußerung des Schuldgegenstandes eine sehr bedeutende Rolle spielt, scheidet bei der Zwangsvollstreckung vollständig aus, da man ja hier annehmen muß, daß der Ersteher der Kaufsache in einer dem inneren Wesen des Verzichtes völlig widerstrebenden Weise diese ohne oder sogar gegen den Willen des Käufers erwirbt.

Ebenso ist es ohne Belang, ob der Käufer im Augenblicke der Zwangsversteigerung den zur Wandelung ermächtigenden Mangel bereits kannte. Das Wandelungsrecht wird ihm dadurch nicht genommen. Vorsicht ist hier

nur geboten bei den Käufern, auf welche die Grundsätze des Handelsrechtes Anwendung zu finden haben. Dieses verlangt bekanntlich, daß der Käufer die Ware sofort nach Empfang genau untersucht und eine eventuelle Mängelanzeige sofort an den Verkäufer absendet. Hat der Käufer gegen eine von diesen nach dem Handelsrecht notwendig zu erfüllenden Voraussetzungen der Wandelung bereits verstoßen, was immer einer besonderen Prüfung bedürfen wird, und dadurch sein Wandelungsrecht verwirkt, so kann natürlich auch die nachträglich eintretende Zwangsvollstreckung keinen anderen Rechtszustand schaffen, das Wandelungsrecht ist und bleibt in diesem Falle verloren.

Wie bei der Veräußerung so muß auch bei der Zwangsvollstreckung daran festgehalten werden, daß die Zwangsvollstreckung des Schuldgegenstandes selbst niemals als ein die Unmöglichkeit der Rückgewähr desselben begründender und daher im Falle Verschuldens das Wandelungsrecht nach § 351 ausschließender Umstand angesehen werden kann. Unter anderweitiger Unmöglichkeit kann, wie bereits oben in § 5 Da des näheren ausgeführt worden ist, nur die objektive Unmöglichkeit der Rückgewähr ververstanden werden, nicht aber das subjektive Unvermögen. Und um ein subjektives Unvermögen handelt es sich ohne Zweifel auch bei der Zwangsvollstreckung, und zwar um ein in den meisten Fällen nicht einmal endgültiges subjektives Unvermögen. Denn es kann ja den Käufer nichts hindern, jederzeit die zwangsversteigerte Sache zurückzuerwerben und die Wandelung durchzuführen. Aber selbst

in den Fällen des endgültigen subjektiven Unvermögens handelt es sich bei Zwangsvollstreckung des Schuldgegenstandes vor vollzogener Wandelung nicht um ein nachträgliches Unvermögen, das gemäß § 275 Abs. 2 der wahren objektiven Unmöglichkeit gleichzusetzen wäre, sondern um ein anfängliches subjektives Unvermögen, das der Käufer jederzeit zu vertreten hat. Folgt man dieser Auffassung, die vor allem besonders in ihren Konsequenzen sehr entschieden von Oertmann[1]) verfochten wird, so ist der Verkäufer stets in der Lage, dem Käufer, der Wandelung begehrt hat und sich nunmehr mit der Rückgewähr des Schuldgegenstandes in Verzug befindet, gemäß § 354 eine angemessene Frist zu setzen und die Wandelung unwirksam zu machen, wenn der Käufer den Schuldgegenstand innerhalb der gesetzten Frist nicht zurückgewährt. Dieses außerordentlich praktische Mittel, das der Gesetzgeber dem Verkäufer gewissermaßen als Äquivalent dafür, daß auch nach Veräußerung und Zwangsvollstreckung noch Wandelung möglich sein soll, als Handhabe, eine Sache rasch zu erledigen und unbilliges Wandelungsbegehren zurückzuweisen, gegeben hat, wird durch die gegnerische Ansicht dem Verkäufer entwunden. Denn nach gegnerischer Ansicht, die von Conze, Schollmeyer und vom Reichsgericht für die Veräußerung und demgemäß auch für die Zwangsvollstreckung vertreten wird (vgl. oben § 5 D), steht das endgültige subjektive Unvermögen, selbst wenn es ein

[1]) DJZ. 1905 S. 518 ff.; vgl. auch Oertmann § 467 Ziff. 1 e Abs. 4 u. 5.

anfängliches war, der Unmöglichkeit der Rückgewähr des Schuldgegenstandes gleich. Die Folge daraus ist, daß der Käufer, wenn ihn kein Verschulden bezüglich der Zwangsvollstreckung trifft und er den Schuldgegenstand zurückzuerwerben nicht in der Lage ist — ein Beweis, der allerdings sehr schwer zu erbringen sein wird —, trotzdem Wandelung, d. h. seinen Kaufpreis zurückverlangen kann, ohne seinerseits auch nur das geringste zurückzugewähren. Ja der Käufer ist sogar noch bereichert, indem er durch die Zwangsvollstreckung von einer Verbindlichkeit befreit worden ist. Das Unbillige dieser Konsequenz der gegnerischen Lehre liegt auf der Hand. Zudem ist auch das Beweisverfahren, das Schollmeyer und Conze ihrer Auffassung entsprechend anwenden müssen, ein äußerst schwieriges und kompliziertes. Nach der Anschauung der Gegner wird es sich immer darum handeln müssen, festzustellen, ob die Zwangsvollstreckung des Schuldgegenstandes verschuldet oder unverschuldet erfolgt ist. Dieser Feststellung, die sicher in den meisten Fällen nur nach einem langwierigen und kostspieligen Beweisverfahren getroffen werden kann, hat außerdem noch die Beantwortung der ebenfalls nicht einhellig gelösten Frage vorauszugehen, ob den Käufer oder den Verkäufer die Beweislast trifft. Würde man sich nun gar irrigerweise für die Beweislast des Verkäufers entscheiden, so würde die ungünstige Lage, in welche der Verkäufer durch die gegnerische Auffassung sowieso schon gebracht ist, noch um Bedeutendes verschlechtert werden.

Dieser Lehre gegenüber hat unsere Auffassung neben dem hauptsächlichsten Umstand, daß m. A. n. auch die gesetzlichen Bestimmungen unbedingt für sie sprechen, vor allem die Vorzüge der Billigkeit und der weitaus besseren Brauchbarkeit und bequemeren Verwendbarkeit. Für unsere Auffassung ist vor allem auch Stellung genommen in einem Erkenntnis des OHG. Hamburg.[1]) Dort heißt es: „Die Veräußerung der gekauften und empfangenen Sache durch den Käufer schließt nach § 353 BGB. an sich die Wandelung nicht aus, und ebensowenig der Umstand, daß der empfangene Gegenstand dem Käufer im Wege der Zwangsvollstreckung entzogen ist. Damit ist jedoch keineswegs gesagt, daß der Käufer, wenn er von seinem Wandelungsrecht Gebrauch macht, nunmehr überhaupt den gekauften Gegenstand bei Vollziehung der Wandelung nicht zurückzugeben brauchte. Die Bestimmung hat vielmehr nur den Sinn, daß die Verurteilung des Verkäufers, in die Wandelung zu willigen und den Kaufpreis gegen Rückgabe des Kaufobjektes zurückzuzahlen, nicht durch sei es freiwillige sei es zwangsweise Veräußerung des Kaufobjektes auf seiten des Käufers ausgeschlossen sein soll, denn dem Käufer bleibt auch nach vollzogener Wandelung (§ 465 BGB.) regelmäßig noch die Möglichkeit, den veräußerten Kaufgegenstand zurückzuerwerben und ihn dem Verkäufer zurückzugewähren.[2]) Daß dies der Sinn des

[1]) Abgedruckt in Seufferts Arch. Bd. 57 Nr. 145 S. 264.

[2]) Planck, BGB. Anm. zu § 353.

§ 353 ist, ergibt sich aus § 354. Wenn aber zu der Zeit, wo die Wandelung von dem Käufer begehrt wird, bereits feststeht, daß er demnächst den veräußerten Gegenstand nicht zurückgeben will oder nicht zurückgeben kann, so erscheint auch sein Wandelungsanspruch durch die Veräußerung beseitigt. Es kann vernünftigerweise nicht der Wille des Gesetzgebers sein, daß er eine Verurteilung des Verkäufers zur Willigung in die Wandelung, zur Rückgabe Zug um Zug habe zulassen wollen, wenn von vornherein klar ist, daß auf dem Wege des § 354 die Wandelung unwirksam werden muß, weil der Käufer nicht zurückgeben kann". Denselben Standpunkt hat auch das Reichsgericht (Bd. 50 Nr. 39 S. 189) in der dem OHG. Hamburg vorgelegenen Sache in oberster Instanz angenommen. Wir entnehmen dieser Entscheidung folgende Stelle: „Der Umstand, daß der Kläger zur Zeit des Rücktritts (der Wandelung) zur Rückgewähr nicht in der Lage ist, weil er den verkauften Gegenstand weiterveräußert hat, oder weil derselbe ihm im Wege der Zwangsversteigerung entzogen ist, schließt den Rücktritt an sich nicht aus (§ 353), weil mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß er sich zu der Zeit, in welcher er die Rückgewähr zu vollziehen habe, den Gegenstand wieder verschafft.[1]) Der Rücktritt wird jedoch nach § 354 unwirksam". In keiner der beiden Entscheidungen ist von Verschulden die Rede, auf das abgestellt werden müßte,

[1]) Prot. Bd. 6 S. 161.

wollte man das anfängliche subjektive Unvermögen der wahren Unmöglichkeit der Rückgewähr nach § 351 gleichstellen; nach beiden Entscheidungen soll vielmehr die Wandelung, wenn der Käufer nicht zurückgewähren kann, durch Fristsetzung nach § 354, wie es auch unserer Auffassung entspricht, unwirksam gemacht werden.

Nur in einem Falle hat das Reichsgericht eine andere Entscheidung getroffen. Dann nämlich, wenn der Verkäufer selbst die Kaufsache in der Zwangsversteigerung erworben hat. Hier soll es sich nach der Ansicht des Reichsgerichts nicht um ein nur subjektives Unvermögen, sondern um eine wahre Unmöglichkeit der Rückgewähr des Schuldgegenstandes handeln. Diese Anschauung kommt zum Ausdrucke in einer in Seufferts Archiv (Bd. 59 Nr. 101 S. 179) abgedruckten Entscheidung, ferner in einem Erkenntnis des Reichsgerichts (Bd. 54 S. 219 ff.). Aus dem letzteren Erkenntnis mag folgende Stelle dem Wortlaut nach wiedergegeben werden: „Wenn nun auch die Veräußerung der Sache, sogar deren zwangsweise Veräußerung, wie insbesondere aus dem angezogenen § 353 hervorgeht, keineswegs immer die Unmöglichkeit der Rückgabe herbeiführt, so muß dies doch im vorliegenden besonderen Falle deshalb angenommen werden, weil die Gewährleistungsbeklagte selbst die Sache nun in der Hand hat und weder gewillt noch verpflichtet ist, sie der Klägerin zu dem Zwecke, daß sie ihre Gewährleistungsklage besser durchführen könne, zurückzugeben. Zwar hat das zunächst anzuwendende Sondergesetz, der § 353, den hier vorliegen-

den Fall, daß der von dem Kläger zurückzugebende Gegenstand durch Veräußerung in die Hand der Wandelungsbeklagten selbst gelangt ist, nicht besonders ins Auge gefaßt, und man könnte zweifeln, ob in diesem Falle eine Unmöglichkeit der Rückgewähr vorliegt". „Es ist anzunehmen, daß wenn der Gesetzgeber auch den in Rede stehenden besonderen Fall durch § 353 hätte treffen wollen, er ihn jedenfalls in dem Sinne entschieden haben würde, daß darin eine vollständige Unmöglichkeit der Rückgabe für die Klägerin zu finden sei. Allerdings wäre es auch in diesem Falle denkbar, daß der Kläger allenfalls mit großen Opfern, die mindestens das von ihm mit der Klage Geforderte nebst Kosten aufwiegen würden, die Sache vom Beklagten zurückerwerben könnte, um sie dann Zug um Zug gegen Leistung der Klagansprüche abermals auszuhändigen. Aber die Möglichkeit einer derartigen widersinnigen Sachbehandlung muß vernünftigerweise nach dem Sinne des Gesetzes der Unmöglichkeit ihrer Durchführung gleichgestellt werden. Steht somit schon jetzt fest, daß die Klägerin das Grundstück an den Beklagten unmöglich zurückgeben kann, so hängt es sowohl nach § 353 als nach § 351 BGB. lediglich von ihrem Nichtverschulden oder Verschulden einer Zwangsversteigerung ab, ob sie zur Gewährleistungsklage überhaupt berechtigt ist oder nicht. Wegen gänzlicher Übergehung vorerörterter Verschuldensfrage durch den Vorderrichter muß dessen Entscheidung aufgehoben und die Sache zu entsprechender Ergänzung an ihn zurückverwiesen werden."

Das Reichsgericht muß also in den Fällen, in denen der Verkäufer in der Zwangsversteigerung den Schuldgegenstand selbst erwirbt, auf die schwierige Frage des Verschuldens abstellen, indem es von der Annahme ausgeht, daß ein Fall der Unmöglichkeit der Rückgewähr nach § 351 gegeben ist. Dabei muß aber vom Reichsgericht selbst anerkannt werden, daß es sich zunächst nicht einmal um ein endgültiges subjektives Unvermögen handelt, das erst durch die Weigerung des Verkäufers und zugleich Erstehers des Schuldgegenstandes zu einem endgültigen wird. Das Reichsgericht begeht also in diesem Sonderfall durch die keineswegs begründete Gleichsetzung von subjektivem Unvermögen und Unmöglichkeit im Sinne des § 351 den gleichen Fehler wie Schollmeyer und Conze in den gewöhnlichen Fällen des Unvermögens. Zur Bekämpfung dieser reichsgerichtlichen Auffassung, die besonders in ihren Konsequenzen durchaus nicht gebilligt werden kann, muß daher auf das oben gegen Schollmeyer und Conze Gesagte verwiesen werden.

Mit diesen Ausführungen soll jedoch nicht bestritten werden, daß dann eine Sonderbehandlung einzutreten hat, wenn der Käufer trotz der Tatsache, daß er nicht zurückgeben kann, trotz der Weigerung des Verkäufers und zugleich Erstehers des zwangsversteigerten Schuldgegenstandes Wandelung begehrt. Hier ist es klar, daß der Verkäufer, der zur Wandelung verurteilt wurde, durch Fristsetzung aus § 354 die Wandelung wieder un-

wirksam machen kann. Es wird sich daher empfehlen, einen solchen Wandelungsanspruch, der den Keim seiner Nichtigkeit schon in sich birgt, sofort abzuweisen, um den nutzlosen Umweg zu ersparen, daß der zur Wandelung verurteilte Verkäufer den Käufer, der das Unvermögen der Rückgewähr zu vertreten hat, in Verzug setzen und durch Fristsetzung aus § 354 die Wandelung wieder unwirksam machen muß.

Diese Auffassung wird vor allem vertreten von Oertmann in dem schon mehrfach zitierten Aufsatz in DJZ. 1905 S. 522. Auch eine frühere Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 50 S. 188 ff.) hat diesen Standpunkt eingenommen. Dort heißt es: „Der Rücktritt wird nach § 354 unwirksam, wenn der Wandelungsberechtigte mit der Rückgewähr in Verzug kommt, ihm vom Vertragsgegner eine angemessene Frist mit der Erklärung der Ablehnung der Annahme nach dem Ablauf bestimmt wird und die Rückgewähr nicht vor dem Ablauf der Frist erfolgt. Erklärt der Käufer wie im vorliegenden Falle im Wandelungsprozesse, daß er die gekaufte und ihm zwangsversteigerte Sache nicht zurückerwerben könne, steht somit fest, daß der Rücktritt unwirksam werden müßte, so kann der Wandelungsklage nicht stattgegeben werden".

In dem Ergebnis, zu dem wir hier gelangen, mag, wie auch Oertmann (a. a. O.) ausführt, unter Umständen für den Käufer eine gewisse Härte liegen, da der Verkäufer den Schuldgegenstand vielleicht gerade wegen des Mangels billiger erstanden hat und dadurch den Be-

trag, um den der frühere Verkaufspreis und der jetzige Versteigerungserlös differieren, für sich gewinnt. Dies wird jedoch nur dann der Fall sein, wenn der Käufer bei der Zwangsversteigerung infolge Mangels der nötigen Mittel nicht selbst mitzubieten in der Lage ist. Hat er die erforderlichen Mittel, so wird er dem Verkäufer diese Differenz leicht streitig machen können und so lange mitbieten, bis die Höhe des Kaufpreises erreicht ist und er dadurch dasselbe erlangt hat, als er durch die Wandelung hätte bekommen können. Verfügt er jedoch nicht über diese Mittel, so bleibt ihm immer noch die Minderung, die er in dem vorliegenden Falle annähernd mit dem gleichen Erfolge wie die Wandelung selbst verwenden wird. Hierbei ist zum Unterschied von der Wandelung in den Fällen des Rücktrittsrechts auf den Wegfall der Minderung aufmerksam zu machen.

2. Zwangsvollstreckung nach vollzogener Wandelung.

Was endlich den Einfluß einer Zwangsversteigerung auf den Schuldgegenstand n a c h Vollzug der Wandelung anlangt, so sind weitere Ausführungen an dieser Stelle nicht mehr veranlaßt. Maßgebend sind hierfür die Ausführungen, die in § 7 über die Veräußerung gemacht wurden und für die Zwangsversteigerung in durchaus entsprechender Weise zur Anwendung zu kommen haben.

Auch für den Viehhandel müssen die früheren Erörterungen entsprechend angewendet werden.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.